Das gemeinschaftliche Testament

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Theodor Wohlfarth,
Referendar
in Alt-Rahlstedt (Holstein).

Königsberg i. Pr.
Druck der Königsberger Allgemeinen Zeitung.
1909.

Das gemeinschaftliche Testament

nach dem

Bürgerlichen Gesetzbuche.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Theodor Wohlfarth,
Referendar
in Alt-Rahlstedt (Holstein).

Königsberg i. Pr.
Druck der Königsberger Allgemeinen Zeitung.
1909.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. **Meyer.**
Korreferent: Professor Dr. **Leonhard.**

Frau Kommerzienrat

Karoline Wollheim

in dankbarer Verehrung.

Inhalts-Verzeichnis.

Literatur-Verzeichnis.

Appel, „Ein Zweifel“ in der deutsch. Juristenzeitg. 1900 S. 183.

Arnold, „Ein Zweifel“ in der deutsch. Juristenzeitg. 1900 S. 299.

Bähr, Zur Beurteilung des Entwurfs eines B. G. B. f. d. D. R., München 1888.

Baron, Das Erbrecht in d. Entw. e. B. G. B. f. d. D. R., im Arch. f. d. civil. Prax. Bd. 75 S. 177 ffg.

Bischoff, Erwägungen zu § 2273, im „Recht“ 1900 S. 293 fg.

Böhm, Das Erbrecht des B. G. B. (2. Aufl.), Hannover 1900.

Bollenbeck, Verfügungen von Todeswegen unter Ehegatten, in der Ztschr. d. deutsch. Notarver. 1901 S. 241 ffg.

Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung, 2. Bd., Breslau 1900.

Boschan, Die Nachlaßsachen in der gerichtl. Praxis, 2. Teil, Berlin 1905.

Brauer, Erläuterungen über den Code Napoléon, Karlsruhe 1810.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten, 3. Bd. 1. Abt. (2. Aufl.), Erlangen 1886.

Brock, Das eigenhändige Testament, Berlin 1900.

Brütt, Inwieweit kann nach dem B. G. B. ein Ehegatte, welcher ein korresp. Test. errichtet hat, noch einseitig Vermächtnisse und Auflagen anordnen? im Arch. f. bürg. Recht, 29. Bd. S. 385 ffg.

Centralblatt f. freiw. Gerichtsbark. u. Notariat, herausgegeben von Lobe, 1.—8. Jahrg., Leipzig 1901—1908.

Cosack, Lehrbuch d. deutsch. bürgerl. Rechts, 2. Bd. (4. Aufl.), Jena 1904.

Dahlmann, Ueber die Unterschiede zw. einem gemeinsch. Test. und einem Erbvertr. unter Ehegatten nach B. G. B. (Freiburger Diss.), Barmen 1901.

Danz, Die Kunst der Auslegung, in der deutsch. Juristenzeitg. 1904 S. 659 ffg.

Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte (Fischers Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß Bd. 1 Heft 2), 2. Aufl., Jena 1906.

Denkschrift zum Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1896.

Dernburg, Pandekten Bd. 3 (5. Aufl.), Halle a. S. 1897.

Dernburg, Lehrbuch des Preußischen Privatrechts Bd. 3 (4. Aufl.), Halle a. S. 1896.

Dernburg, Deutsches Erbrecht, Halle a. S. 1905.
Dernburg, Die Auslegung der Testamente, in der deutsch. Juristenzeitg. 1904 S. 1 ffg.
Drewes, Zwei Testamentsfragen, in der deutsch. Juristenzeitg. 1901 S. 231.
Eccius, Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preußischen Privatrechts (7. Aufl. bearbeitet von Förster), Berlin 1896/97.
Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. 3, Berlin 1904.
Eichhorn, Die Nachteile des eigenhändigen Testaments, in der Zeitschr. d. deutsch. Notarvereins 1901 S. 241 ffg.
Eichhorn, Das Testament, Hand- und Musterbuch f. letztw. Verf. nach dem B. G. B. (4. Aufl.), Berlin 1900.
Elsas, Ueber die Unterschiede zw. einem gemeinsch. Test. und einem Erbvertr. unter Ehegatten (Rostocker Diss.), Barmen 1901.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (R. G.).
Entscheidungen in Angelegenh. der freiw. Gerichtsbark. und des Grundbuchrechts. Zusammengestellt im Reichsjustizamte. Berlin 1900/01 ffg.
Fischer, Zur Lehre von den gemeinsch. Test. der Eheleute, im Arch. f. bürg. Recht Bd. 6 S. 54 ffg.
Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B. (4. Aufl.) München 1900; (7. Aufl.) München 1906.
Förtsch, Besprechung von Wilkes Erbrecht, im „Recht" 1900 S. 548 fg.
Franke, Das eigenhändige Testament des B. G. B., insbesondere Beweiskraft und Form seiner Urkunde, in den Blätt. f. Rechtspfl. in Thüringen u. Anhalt Bd. 50 S. 161 ffg.
Friedrichs, Zum § 2269 des B. G. B., im „Recht" 1901 S. 258.
Frommhold, Das Erbrecht des B. G. B., Berlin 1900.
Geiger, Zweifel über die Handhabung des § 2273 B. G. B., in der deutsch. Juristenzeitg. 1900 S. 953.
Glück, Ausführliche Erläut. der Pandekten, nach Hellfeld ein Commentar, 35. Teil, Erlangen 1832.
Gößler, Zur Lehre von der Datierung des eigenhändigen Testaments (Tübinger Diss.), Stuttgart 1905.
Goldmann, Das gemeinsch. Testament, in Gruchots Beitr. z. Erl. d. deutsch. Rechts Bd. 48 S. 64 ffg.
Grimm, Testamentsfragen, in der deutsch. Juristenzeitung 1901 S. 553.
Güthe, Zur Auslegung des § 2269 Abs. 1 B. G. B., in der Zeitschr. d. deutsch. Notarvereins 1902 S. 41 ffg.
Gumbinner, Die Erbschaftssteuer in Preußen im Falle eines nach § 2269 B. G. B. erricht. Test., in der deutsch. Juristenzeitg. 1900 S. 182 fg.
Hartmann, Zur Lehre von den Erbverträgen und von den gemeinschaftlichen Testamenten, Braunschweig 1860.

Hedemann, Die Vermutung nach dem Rechte des Deutschen Reiches (Fischers Abhandl. z. Privatrecht u. Zivilproz. Bd. 11 Heft 2), Jena 1904.
Hellmann, Kritik von Strohals Erbrecht, in der Kritischen Vierteljahrsschrift f. Gesetzgeb. u. Rechtswissensch. Bd. 39 S. 212 ffg.
Hellwig, Die Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.
Hendrichs, Die rechtl. Natur des gemeinsch. Test. nach B. G. B. (Rostocker Diss.), Solingen 1901.
Herkt, Das gegenseit. gemeinsch. Testament u. der gegenseit. Erbvertrag n. d. bürg. R. d. D. Reichs (Marburger Diss.), Berlin 1907.
Herzfelder, Erbrecht, 5. Bd. von Staudingers Komment. zum B. G. B. (2. Aufl.), München 1906.
Heusler, Institutionen des deutschen Privatrechts, Leipzig 1885—86.
Hölder, Das Datum des eigenhändigen Testamentes, in Iherings Jahrb. f. Dogmatik d. bürg. Rechts, 50. Bd. S. 277 ffg.
Jakubezki, Bemerkungen zu dem Entwurfe e. B. G. B., München 1892.
Jahrbuch des deutschen Rechts f. Neumann.
Jahrbuch f. Entscheid. des Kammergerichts i. Sach. d freiw. Gerichtsbarkeit, herausgegeben von Johow und Ring (K. G. J.).
Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht auf Grundlage des B. G. B. (11. u. 12. Aufl.), Berlin 1900.
Jastrow, Wie können sich Eheleute bei einem Testamente nach § 2269 gegen die Vereitelung ihrer Absichten durch Pflichtteilansprüche der Kinder sichern? in der Zeitschr. d. deutsch. Notarvereins 1904 S. 424 ffg.
Jastrow, Kritik von Dernburgs deutschem Erbrecht, in Buschs Zeitschr. f. deutsch. Zivilprozeß Bd. 34 S. 497 ffg.
Kiß, Zur juristischen Konstruktion der korresp. Verfügung im gemeinsch. Test., im Arch. f. bürg. Recht Bd. 25 S. 175 ffg.
Kleffel, Behandl. gemeinsch. Privattest. nach Eröffn. beim Tode des erstverst. Ehegatten, in der Jur. Wochenschrift 1902 S. 386 ffg.
Kleineidam, Streifzüge durch das Erbrecht des B. G. B., im „Recht“ 1901 S. 112.
Klöppel, Das Familien- und Erbrecht des Entw. zum B. G. B., in Gruchots Beitr. z. Erläut. d. deutsch. Rechts, 33. Jahrg., S. 338 ffg.
Körner, Ueber die Eröffnung gemeinsch. Test., im „Recht“ 1901 S. 94 fg.
Kößler, Gemeinschaftliches Testament und Pflichtteilsanspruch, in der deutsch. Juristenzeitg. 1906 S. 1181 ffg
Kühnast, Das Erbrecht des Entwurfs eines B. G. B. f. d. d. R., Berlin 1888.
Küntzel, Kritik von Achilles Textausgabe des B. G. B., in Gruchots Beitr. z. Erl. d. deutsch. Rechts, 41. Jahrg., S. 441 ffg.
Küntzel, Strohals Kritisch. Bemerk. über das Erbrecht des B. G. B., in Gruchots Beitr. z. Erl. d. deutsch. Rechts, Jahrg 41, S 583 ffg.
Kuntze, Der Gesamtakt, ein neuer Rechtsbegriff, in der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für O. Müller, S. 29 ffg. 1892.

Laué, Verdient die im Entw. d. B. G. B. vorgeschlag. Abschaffg. der wechselseit. Testm. Zustimmung? in den Verhandl. d. 20. deutsch. Juristentag. Bd. 1 S. 3 ffg.
Locré, La législation civile, commerciale et criminelle de la France, Paris 1827—32.
Löwenfeld, Die gemeinsch. Testam. im B. G. B., Berlin 1899.
Maercker, Die Nachlaßbehandlung (17. Aufl.), Berlin 1902.
Martens, Form und Wirkung des Widerrufs eines gemeinschaftl. Testamentes (Rostocker Diss.), Wandsbek 1907.
Mantey, Müssen die Daten, die holographisch gemeinsch. testier. Gatten zuf. Gesetzes beiderseits zu schreiben haben, identisch sein? im „Recht“ 1901 S. 430.
Mantey, Das Erfordernis richtiger Datierung des holograph. Testam., in Gruchots Beitr. z. Erl. d. deutsch. Rechts 43. Jahrg. S. 641 ffg.
Mattes, Das gemeinsch. Testament nach B. G. B. (Gießener Diss.), Worms 1902.
Matthiaß, Lehrbuch des Bürgerl. Rechts, 2. Band (3. Aufl.), Berlin 1900.
Meischeider, Die letztwilligen Verfügungen nach dem B. G. B., Leipzig 1899.
Meyer, Ein Beitrag zur Testamentseröffnung, in der Beilage Nr. 1 zur Hanseatischen Gerichtszeitg. 1903.
P. Meyer, Das Erbrecht des B. G. B., Marburg 1904.
P. Meyer, Das gemeinschaftliche Testament des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Marburg 1908.
Mommsen, Das eheliche Güterrecht des Entwurfs e. B. G. B., im Arch f. d. civil. Praxis Bd. 76 S. 161.
Motive zu dem Entwurfe eines B. G. B. f. d. D. R., Berlin u. Leipzig 1888.
Neumann, Jahrbuch des deutschen Rechts Bd. 1—6, Berlin 1904 ffg.
Neumann, Handausgabe des B. G. B (4. Aufl.), Berlin 1905.
Riedner, Eröffnung eines vor dem 1. Jan. 1900 errichteten gemeinschaftl. bezw. wechselseitigen Testaments, im „Recht“ 1900 S. 185.
Oertel, Besprechg. von Brocks eigenhändigem Testament, im Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Proz. Bd. 13 S. 404 ffg.
Oswalt, Zum Begriffe der korresp. Verf., in der deutsch. Juristenzeitg. 1904 S. 735 ffg.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts, Berlin 1902.
Pitel, Das gemeinsch. Testam. des B. G. B. in der deutsch. Juristenzeitg. 1900 S. 273 fg.
Planck, Erbrecht, 5. Bd. des Komment. zum B. G. B. (1. u. 2. Aufl.), Berlin 1902, Lief. 3 (3. Aufl.) 1908.
Planck, Zur Kritik des Entw. eines B. G. B., im Arch. f. civil. Prax. Bd. 75 S. 327 ffg.
Proske, Die Unterschiede zw. einem gemeinsch. Test. und ein. Erbvertrage, Berlin 1905 (Bresl. Diss.).
Protokolle der Kommission f. die 2. Lesung des Entwurfs eines B. G. B., Berlin 1898.

Rausnitz, Kommentar zum Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, Berlin 1900.
Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts. Herausgegeben von Mugdan und Falkmann. (Rspr. O. L. G.)
Rehbein, Die Entscheid. des vormal. Preuß. Ober-Tribunals auf d. Gebiete des Zivilrechts, Berlin 1884/95.
Ring, Der Entwurf eines B. G. B. und seine Beurteilung, im Arch. f. bürg. Recht Bd. 1 S. 190 ffg.
Rüger, Gemeinschaftliche Testamente, im Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht u. Proz. Bd. 9 S. 430 ffg.
Schiffner, Der Erbvertrag nach dem B. G. B., Jena 1899.
Schmidt, Das gemeinschaftliche Testament (Diss.), Göttingen 1903.
Schumacher, Ueber die Unterschiede zw. ein gem. Test. und einem Erbvertrage unter Ehegatten nach B. G. B. (Rostocker Diss.), Aachen 1901.
Sengteller, Das gemeinsch. Test. u. der gemeinsch. Erbvertrag mit beiderseitigem Rücktrittsvorbehalt (Breslauer Diss.), Breslau 1905.
Seufferts Arch. f. d. Entscheid. der obersten Gerichte in d. deutsch. Staaten.
Staudinger s. Herzfelder.
Sternberg, Die Bedeutung u. das Verfahren bei Eröffng. der vor dem 1. Jan. 1900 errichteten wechsels. Test. nach Inkrafttreten d. B. G. B, in der Jur. Wochenschr. 1900 S. 633 ffg.
Stobbe, Handbuch des deutschen Privatrechts Bd. 5, Berlin 1885.
Stolterfoth, Beiträge z. Beurteil. des Entw. e. B. G. B., Leipzig 1890.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des B. G. B. (3. Aufl.), Berlin 1904.
Traenkner, Die Form der Rechtsgeschäfte nach dem B. G. B., im Sächs. Arch. f. bürgerl. Recht und Proz. Bd. 7 S. 321 ffg.
Verhandlungen des 20 deutschen Juristentages Bd. 4 S. 314 ffg.
Weißler, Bericht über die Rechtspr. in Testamentssachen, in der Ztschr. d. deutsch. Notarvereins 1904 S. 272 ffg.
Weißler, Bericht über die Rechtsprechung in Nachlaßsachen, in der Ztschr. d. deutsch. Notarvereins 1904 S. 615 ffg.
Weißler, Sachliche Unrichtigkeit formeller Feststellungen, in der Ztschr. d. deutsch. Notarvereins 1907 S. 264 ffg.
Wilhelmi, Das gemeinsch. Test. des B. G. B., in der deutsch. Juristenzeitg. 1900 S. 138 fg.
Wilke, Verdient die im Entwurfe des B. G. B. vorgeschlagene Abschaffung der wechsels. Testam. Zustimmung? in Verhandl. des 20. deutsch. Juristentages Bd. 1 S. 3 ffg., Berlin 1889.
Wilke, Das Erbrecht, 5. Bd. des Komment. z. B. G. B. von Wilke, Reatz, Koffka und Neumann, Berlin 1900.
Windels, Das gemeinschaftl. Testam. (Diss.), Leipzig 1903.

Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts (8. Aufl.), Frankfurt a. M. 1900.
Zetzsche, Vertragsähnliches im korrespektiven Testament (Jenaer Diss.), Meiningen 1905.
Zimmer, Das eigenhändige Testament nach dem B. G. B., im Arch. f. bürg. Recht Bd. 24. S. 17 ffg.

Abkürzungen:

R. G. siehe Entscheidungen des Reichsgerichts.
K. G. J. siehe Jahrbuch f. Entscheid. des Kammergerichts.
Rspr. O. L. G. siehe Rechtsprech. der Oberlandesgerichte.

A. Geschichtlicher Rückblick.[1]

1. Kapitel.

Dem römischen Rechte scheinen gemeinschaftliche, d. h. in einem Akte errichtete Testamente mehrerer Personen im allgemeinen fremd gewesen zu sein. In der Gesetzgebung Justinians jedenfalls findet sich nur eine einzige darauf bezügliche Stelle.[2] Dort wird die Gültigkeit eines Testamentes ausgesprochen, das zwei Soldaten in procinctu in einem Akte errichtet und in dem sie sich gegenseitig zu Erben eingesetzt haben. Offenbar sieht der Kaiser dieses Testament als gültig lediglich nach dem Grundsatze der Kaiserzeit an, daß, wenn es irgend angeht, jede letztwillige Verfügung des Soldaten vor dem Feinde aufrecht zu erhalten sei.[3] Aus dieser Stelle auf eine Allgemeingültigkeit gemeinschaftlicher Testamente nach römischem Rechte zu schließen, wie es auch von namhaften Schriftstellern[4] geschehen ist, dürfte sehr gewagt sein. Ganz besonders spricht hiergegen gerade ein Umstand, auf den die Gegner ihre abweichende Ansicht stützen. Es ist nämlich eine Konstitution Valentinians III. aus dem Jahre 446[5] vorhanden, die für zulässig erklärt, daß zwei Ehegatten in e i n e r Urkunde sich gegenseitig zu Erben einsetzen.

Die Nichtaufnahme dieser Konstitution in den Kodex läßt doch darauf schließen, daß Justinian nicht gleicher Ansicht mit Valentinian in der Beurteilung der Frage gewesen ist.[6] Auch hätte die Zulassung des Instituts mit dem als Grundsatz des römischen Testamentsrechts anerkannten[7] Erfordernisse der unitas actus[8] in Widerspruch gestanden.

---

1) Vgl. hierzu neuestens die sehr ausführlichen Untersuchungen in P. Meyer, d. gem. Test. S. 5 ffg.

2) l. 19 C. de pactis 2, 3. Meischeider, letztw. Verfüg. S. 544, Anm. 2 führt noch eine zweite Stelle an: L 70 D. de hered. instit. 28, 5. m. E. indes zu Unrecht, da es sich dort nicht um ein gemeinschaftliches Testament, sondern um zwei getrennte wechselseitige Testamente handelt.

3) Vgl. Glück, Pandekten-Kommentar Bd. 35 S. 57.

4) Vor allen von Hartmann, Erbvertr. und gemeinsch. Testam. S. 110 fg. und von Windscheid, Pand. S. 568, Note 2.

5) Hänel, Nov. Const. Imper. Theod. II etc., Nov. Valent. III Tit. 20, 1.

6) G. A. Glück a. a. O. Bd. 35 S. 58 fg.

7) Vgl. Glück a. a. O. S: 60.

8) Vgl. L. 21 § 3 D. qui test. fac. poss. 28, 1; § 3 I. de ordinandis testamentis 2, 10; C. 6, 23 c. 28.

Deutschrechtlich ist vielmehr die Grundlage, auf der sich das gemeinschaftliche Testament in der gemeinrechtlichen Praxis entwickelt hat.[9]) Im Mittelalter hatte sich in Deutschland, dessen erbrechtlichen Anschauungen ja die gewillkürte Erbfolge fremd war, ein Vertrag unter Lebenden herausgebildet, in dem Eheleute zu gunsten voneinander Verfügungen über ihren Nachlaß trafen. Nun drang, nachdem bereits im späteren Mittelalter unter dem Einflusse der Kirche letztwillige Verfügungen mit Einzelzuwendungen (Vermächtnissen), insbesondere zu frommen Zwecken — „Seelgeräte" genannt — aufgekommen waren,[10]) mit der Rezeption des römischen Rechts das Testament herein, und man wählte alsbald anstatt der Form jener Vergabung unter Lebenden die des gemeinschaftlichen Testamentes. Schien diese Form doch deshalb so viel bequemer, weil man jederzeit, ohne durch einen Vertrag gebunden zu sein, seine einseitige letztwillige Verfügung widerrufen konnte. Man übersah dabei freilich nur zu sehr, daß gerade die Art des gemeinschaftlichen Testamentes, die dem Bedürfnisse und dem Rechtsbewußtsein entsprach und daher allein üblich wurde, nämlich das korrespektive Testament, sicher vertragsähnliche Elemente enthält.[10]) Und bald tauchte eine große Zahl von Streitfragen auf und ungezählte Prozesse entstanden aus gemeinschaftlichen Testamenten. Man erkannte allmählich, daß dieses Rechtsgebilde nicht durchweg nach dem gewöhnlichen Testamentsrechte behandelt werden konnte, sondern daß es ein Zwitter zwischen Testament und Erbvertrag sei. Positiver Vorschriften ermangelte, wie dargelegt, das justinianische Recht, und ein Gewohnheitsrecht vermochte sich bezüglich der Streitfragen nicht zu bilden. Wissenschaft wie Rechtsprechung kamen dauernd zu widersprechenden Ergebnissen, und so waren die Gefahren, die sich aus dem unsicheren Rechtszustande ergaben, nicht zu unterschätzen.

Unter diesem Gesichtspunkte und weil die Bindung der Erblasser des gemeinschaftlichen Testamentes an die korrespektiven Verfügungen eine Beengung der für letztwillige Verfügungen nach dem römischen Rechte geltenden freien Widerruflichkeit bedeute,[11]) versagten die napoleonische Gesetzgebung[12]) und die auf ihr fußenden deutschen Partikulargesetze[13]) dem Institute überhaupt die Gültigkeit.

---

9) Vgl. hierüber des näheren Fischer im Arch. f. Bürg. Recht Bd. 6. S. 62 ffg. Heusler, Inst. d. deutschen Rechts Bd. II, S. 118, 360 ffg.; Stobbe, deutsch. Priv. Recht Bd. 5 § 307; Kiß, im Arch. f. Bürgl. Recht Bd. 25 S. 180 fg.

10) Vgl. Dernburg, Pand. (2. Aufl.) Bd. III S. 187; Endemann, Lehrb. d. b. R. III § 45 Anm. 7; Planck V S. 491 unter 2; Motive z. Entw. e. B. G. B. S. 253.

11) Vgl. Locré, Législation Civile Bd. 11 S. 399; Brauer, Erläuterungen über den Code Napoléon B. II S. 396.

12) Code civ. art. 968. 1097.

13) Vgl. Badisches Landrecht von 1809 Satz 968, 1097.

Das Preußische Allgemeine Landrecht hingegen ging nicht so weit. Mit Rücksicht darauf, daß das gemeinschaftliche Testament unter Eheleuten einem Bedürfnisse und auch deutscher Rechtsauffassung durchaus entsprach, ließ das Gesetz es in dieser Beschränkung auf Ehegatten zu und entschied gleichzeitig mehrere besonders brennende Streitfragen für sein Geltungsgebiet durch positive Vorschrift.[14]) Bestritten ist, ob nur die korrespektiven Testamente, d. h. solche, in denen jeder Erblasser seine Verfügungen lediglich mit Rücksicht auf die des anderen trifft, oder auch die reziproken, d. h. solche, in denen die Erblasser sich gegenseitig bedenken, ohne daß ihre Verfügungen in dem soeben geschilderten engen Zusammenhange stehen, und die lediglich simultanen, d. h. solche, in denen auch die gegenseitigen Bedenkungen fehlen, nach dem A. L. R. zulässig waren.[15]) Die herrschende Meinung ließ m. E. mit Recht außer solchen Testamenten, bei denen sich die Erblasser gegenseitig zu Erben einsetzten, auch solche zu, wo die Erblasser sich nur auf eine Quote zu Erben einsetzten oder sich sonst in irgend einer Weise bedachten, im übrigen aber andere, nicht gegenseitige letztwillige Verfügungen trafen.[16])

Von den deutschen Kodifikationen des neunzehnten Jahrhunderts, die unabhängig vom Code Civil erfolgt sind, fußte das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch vom 2. Januar 1863[17]) vollkommen auf dem gemeinen Rechte, indem es die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes a l l e n Erblassern gestattete, während das Oesterreichische Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch vom 1. Juni 1811[18]) gemeinschaftliche Testamente nur als Ehestiftungen zuläßt, im Gegensatze zum A. L. R. aber ihre Errichtung auch unter Brautleuten dann für gültig erklärt, falls ihre Ehe zustande kommt.

Der erste Entwurf des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich[19]) stellte sich auf den Standpunkt des Code Civil und erklärte schlechthin das gemeinschaftliche Testament für unzulässig. Er folgte hierbei verschiedenen Stimmen der Wissenschaft,[20]) die an einer befriedigenden Regelung des Instituts verzweifelten und es deshalb ganz abgeschafft wissen wollten. Nach den dem Entwurfe beigegebenen Motiven[21]) waren für die Kommission vor allem die Erwägungen leitend gewesen, daß die gemeinschaftlichen Testamente viele Streitigkeiten im Gefolge hätten, daß sie eine unklare Mitte zwischen

14) A. L. R. I 12 § 614; II 1 § 482 ffg.
15) Vgl. Löwenwald, Gemeinsch. Test. S. 8 fg.
16) Vgl. Förster-Eccius, Preuß. Privatr. Bd. IV § 257 u. R. G. 5, 66.
17) § 2196.
18) §§ 583, 1248, 1217.
19) § 1913.
20) Vgl. insbesondere Stobbe, dtsch. Privatrecht Bd. 5 § 307 Anm. 7; Hartmann a. a. O. S. 174 u. a. m.
21) S. 253 ffg.

Testament und Erbvertrag hielten, und daß sie eine Beengung der für letztwillige Verfügungen geltenden freien Widerruflichkeit herbeiführten.

Die Kritik widersetzte sich indessen in überwiegender Mehrheit energisch der Verdrängung des im deutschen Rechtsbewußtsein wurzelnden und äußerst volkstümlich gewordenen Instituts in diesem allgemeinen Umfange und verlangte seine Zulassung zum mindesten für Eheleute, da diese einem unbestreitbaren Bedürfnisse entspräche.[22]) Sie hatte Erfolg: die zweite Kommission verließ den Standpunkt des ersten Entwurfs. Der ihren Beratungen entstammende Entwurf zweiter Lesung[23]) sprach die Zulässigkeit der gemeinschaftlichen Testamente für Eheleute als dem Bedürfnisse und der Gewohnheit in weiten Kreisen entsprechend aus. Gleichzeitig entschied er die wichtigsten Streitfragen des bisherigen Rechts durch Aufstellung von Auslegungsregeln. In der Fassung dieses Entwurfes sind die Bestimmungen über die gemeinschaftlichen Testamente als §§ 2265 bis 2273 B. G. B. geltendes Recht geworden.

Im wesentlichen ist der Gesetzgeber in seinen Bestimmungen dem preußischen Rechte, wie es sich im Allgemeinen Landrechte verkörperte und in Wissenschaft und Rechtsprechung sich entwickelt hatte, gefolgt.[24]) Nur mit der wichtigen Auslegungsregel des § 2269 und mit der Bestimmung des Zeitpunktes, in dem die Bindung des überlebenden Gatten an seine korrespektiven Verfügungen eintritt, hat er einen abweichenden Standpunkt eingenommen. Vergl. darüber das Nähere in Kapitel 9 d. A.

Eine inhaltliche Beschränkung des gemeinschaftlichen Testamentes hat das Bürgerliche Gesetzbuch nicht angenommen, so daß es ebenso gut ein testamentum mere simultaneum wie ein testamentum reciprocum wie ein testamentum correspectivum darstellen kann.[25])

22) Vgl. Mommsen i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 76 S. 189, Laué in Verh. d. XX. deutsch. Juristentages Bd. I S. 5; Wilke ebenda S. 22 fg.; Enneccerus ebenda Bd. IV. S. 314 ffg.; Eck ebenda S. 328 fg.; Gierke. Entw. e. B. G. B. S. 523; Baron i. Arch. f. civ. Prax. Bd. 75 S. 241; Planck ebenda S. 403. Stolterfoth, Beiträge zur Beurt. e. Entw. d. B. G. B. S. 89. Ring i. Arch. f. b. R. Bd. 1 S. 207; Klöppel bei Gruchot Bd. 33 S. 363; Bähr, z. Beurt. d. Entw. e. B. G. B. S. 165; Kühnast, das Erbr. d. Entw. ein. B. G. B. S. 89.

23) §§ 2239—2247 der Bundesratsvorlage.

24) Vgl. Denkschr. z. Entw. e. B. G. B. S. 297 fg.

25) P. Meyer a. a. O. S. 18 folgert dies auch daraus, daß für den Regelfall, wo das gemeinschaftliche Testament nicht ein bloß gemeinschaftliches, sondern zugleich ein gegenseitiges oder ein korrespektives ist, in den §§ 2269—2271 besondere Vorschriften aufgestellt sind.

B. Das gemeinschaftliche Testament nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

I. Die Erblasser.

2. Kapitel.

1. Allgemeines.

Das Bürgerliche Gesetzbuch behandelt das gemeinschaftliche Testament als eine Abart des Testamentes, indem es ihm den 8. Titel des mit „Testament" überschriebenen dritten Abschnitts seines 5. Buches widmet.

Daraus folgt, daß in der Person der Erblasser eines gemeinschaftlichen Testamentes zunächst dieselben Erfordernisse erfüllt sein müssen wie bei jedem anderen Erblasser, m. a. W. daß sie beide allgemein testierfähig sein müssen.

Die Testierfähigkeit ist eine Unterart der Geschäftsfähigkeit. Daher ist jeder voll Geschäftsfähige auch testierfähig und umgekehrt jeder Geschäftsunfähige[1]) auch testierunfähig. Testierunfähig ist natürlich aber auch der sonst Geschäftsfähige, wenn er sich im Zustande der Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit befindet.[2])

Bezüglich der Testierfähigkeit derjenigen Personen, die es als beschränkt geschäftsfähig bezeichnet,[3]) gibt das Bürgerliche Gesetzbuch eine Anzahl Vorschriften, die sich mit denen über ihre Geschäftsfähigkeit nicht decken. Dies mußte es tun, nachdem es als ersten Grundsatz an die Spitze des gesamten Testamentsrechts[4]) das Erfordernis der persönlichen Testamentserrichtung gestellt hatte. Damit schließt es einmal jede Vertretung bei der Testamentserrichtung aus. Ferner ist darnach aber auch für die Genehmigung der letztwilligen Erklärungen eines beschränkt Geschäftsfähigen durch den gesetzlichen Vertreter kein Raum. Denn das Erfordernis einer solchen Genehmigung beeinflußte immer den Willen des Erblassers und ließe häufig nicht dessen Willen, sondern den eines anderen, dessen Zustimmung erforderlich wäre, zum Inhalte des Testamentes werden.

Diesen Gesichtspunkten Rechnung tragend, hat das Bürgerliche Gesetzbuch die Testierfähigkeit der beschränkt Geschäftsfähigen auf folgende Weise geregelt.

Die Minderjährigen bis zum vollendeten 16. Lebensjahre sind testierunfähig.[5]) Von da an bis zur Volljährigkeit können sie öffent-

1) § 104 B. G. B.
2) Analog dem § 105 Abs. 2 B. G. B.
3) §§ 106, 114 B. G. B.
4) § 2064.
5) § 2229 Abs. 2.

lich durch mündliche Erklärung testieren.[6]) Einer Zustimmung des gesetzlichen Vertreters bedarf es, wie ausgeführt, nicht.[7]) Zwar nicht rechtlich, wohl aber tatsächlich ist daher der stumme oder sonst am Sprechen verhinderte Minderjährige von der Testamentserrichtung ausgeschlossen.

Auch die drei außerordentlichen Testamentsformen[8]) stehen dem Minderjährigen nach Vollendung des 16. Lebensjahres offen, natürlich mit der Beschränkung, daß er auch bei ihrer Benutzung nur durch mündliche Erklärung testieren darf.

Den wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten hat das Bürgerliche Gesetzbuch trotz ihrer wenn auch beschränkten Geschäftsfähigkeit[9]) die Testierfähigkeit ganz genommen.[10]) Und zwar ist ihr Testament schon dann unwirksam, wenn es nach Stellung des erfolgreichen Antrages auf Entmündigung noch vor Rechtskraft des die Entmündigung aussprechenden Beschlusses errichtet ist;[11]) nur dann ist es gültig, wenn der Entmündigte vor Eintritt der Rechtskraft gestorben ist.[12]) Die Testierunfähigkeit eines nach § 6 B. G. B. Entmündigten[13]) dauert vom Augenblicke der Stellung des Entmündigungsantrages bis zum Augenblicke der erfolgreichen Stellung des Antrages auf Wiederaufhebung der Entmündigung. Ein Testament also, das zwar noch vor Aufhebung der Entmündigung, aber bereits nach Stellung des darauf zielenden Antrages errichtet ist, ist gültig, falls die Entmündigung auf diesen Antrag hin aufgehoben wird.[14])

Die Stellung unter vorläufige Vormundschaft[15]) ändert an sich nichts an der Testierfähigkeit des Betroffenen. Wird er rechtskräftig entmündigt, so treten die soeben erörterten Folgen ein.

Körperliche Gebrechlichkeit hat gleichfalls auf die Testierfähigkeit keinen Einfluß; natürlich aber kann derjenige, dem ein Sinn oder ein Organ fehlt, nur eine solche Art der Testamentserrichtung wählen, bei der eine Tätigkeit dieses Sinnes oder Organs nicht erforderlich ist. So kann der Taube nur in der Form des eigenhändigen Testamentes seinen letzten Willen erklären, weil bei ihm die im § 2242 B. G. B. mit zwingender Vorschrift geforderte Genehmigung des Protokolls

6) §§ 2247, 2238 Abs. 2.
7) § 2229 Abs. 1.
8) §§ 2249—2251 B. G. B.
9) § 114 B. G. B.
10) § 2229 Abs. 3.
11) § 2229 Abs. 3.
12) § 2230 Abs. 1.
13) § 2229 Abs. 3 spricht zwar in seinem ersten Satze nur von den wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht Entmündigten. Es ist indessen unbestritten, daß der zweite Satz dieses Absatzes auch auf die wegen Geisteskrankheit Entmündigten anzuwenden ist.
14) § 2230 Abs. 2 B. G. B.
15) § 1906 B. G. B.

auf Grund von dessen Vorlesung nicht möglich ist.[16]) Bezüglich der Stummen oder sonst am Sprechen Verhinderten bestimmt das Gesetz durch positive Vorschrift,[17]) daß er öffentlich nur durch Uebergabe einer Schrift testieren könne, und gibt besondere Vorschriften für den Errichtungsakt. Nicht als stumm im Sinne des Gesetzes ist ein in der Lautsprache ausgebildeter Taubstummer anzusehen, der sich durch Laute mit der Urkundperson verständigen kann.[18]) Blinde können, da sie Geschriebenes nicht zu lesen vermögen, nur durch mündliche Erklärung ein Testament errichten.[19]) Treffen mehrere Umstände, die die Art der Testamentserrichtung auf einzelne Formen beschränken, bei derselben Person zusammen, so kann diese tatsächlich testierunfähig werden; dies ist z. B. beim minderjährigen oder blinden Stummen der Fall.

Wie die hier bedeutungsvolle Frage zu entscheiden ist, ob zwei Ehegatten gemeinschaftlich testieren können, bei denen in der Person eines jeden Umstände vorliegen, die ihm das Testieren in der dem anderen allein zugänglichen Form unmöglich machen, soll bei dem der Form des gemeinschaftlichen Testamentes gewidmeten Teile dieser Abhandlung — Kapitel 6 — erörtert werden.

Ist die Verfügung des einen Ehegatten infolge mangelnder Testierfähigkeit unwirksam, so übt das auf die Verfügungen des anderen grundsätzlich keine Wirkung aus; nur im Falle der Korrespektivität — davon unten Kapitel 11 — und im Falle gegenseitiger ausgesprochener Bedingtheit macht die Testierunfähigkeit des einen die entsprechenden Verfügungen des anderen unwirksam. § 2085 B. G. B. findet hier keine Anwendung, da das gemeinschaftliche Testament nicht e i n, sondern zwei lediglich formell verbundene Testamente verschiedener Erblasser darstellt.[20])

2. Einfluß des Erfordernisses der Ehe.

3. Kapitel.

a) Allgemeines.

Wie bereits auseinandergesetzt, hat die zweite Kommission nach völliger Ablehnung des gemeinschaftlichen Testamentes durch den

16) G. A. Endemann, Bürg. R. Bd. III § 25, 2d; Frommhold, Erbrecht Anm. 36 zu § 2229. — A. A. Dernburg, Deutsch. Erbr. § 33 Anm 16; Strohal, Deutsch. Erbr. Bd. I § 21 Anm. 40; Planck, Anm. 46 zu § 2243, sämtlich unter Berufung auf die Motive Bd. V S. 275 fg., aber unter Nichtbeachtung des Wörtchens „auch" im dritten Satze des § 2243 B. G. B Abs. 1.

17) § 2243 B. G. B.

18) Jastrow, Formularbuch I S. 180 Anm. 3.

19) §§ 2247, 2238 Abs. 2.

20) Vgl. P. Meyer, d. gem. Test. S. 39; Zetzsche, Vertragsähnl. im korresp. Test. S. 9.

ersten Entwurf[1]) auf Grund der einmütigen Kritik, die diese Ablehnung erfahren hatte, das Bedürfnis anerkannt, das für die Beibehaltung des Institutes für Eheleute bestand, und hat infolgedessen die Errichtung gemeinschaftlicher Testamente für Ehegatten — aber mit alleiniger Beschränkung auf diese — zugelassen.[2])

Dieser endgültig Gesetz gewordene Standpunkt der zweiten Kommission entspricht der deutschen Rechtsanschauung. Während im römischen Eherechte die Gütermassen von Mann und Frau während der ganzen Dauer der Ehe streng von einander gesondert blieben und daher auch mangels der Grundlage eines einheitlichen Vermögens beider Gatten für ein gemeinschaftliches Testieren kein Anlaß war,[3]) wurde das deutsche Eherecht von dem Grundsatze der Gütergemeinschaft beherrscht. Dem entspricht es, daß die Ehegatten, ebenso, wie sie bei Lebzeiten alle wichtigen Angelegenheiten im beiderseitigen Einverständnisse erledigen, so auch für den Todesfall ihre Verhältnisse durch gemeinschaftliche Verfügungen regeln wollen.[4])

Allen anderen Personen ist das gemeinschaftliche Testieren verschlossen. Errichten sie ein gemeinschaftliches Testament, so ist dieses als solches nichtig, unbeschadet natürlich der Möglichkeit, daß in dem gemeinschaftlichen Testamente sich von der Gemeinschaftlichkeit lösbare letztwillige Verfügungen finden, die allen an ein einfaches Testament gestellten Anforderungen entsprechen und deren Gültigkeit daher, falls anzunehmen ist, daß der Erblasser seine Bestimmungen als Einzeltestament jedenfalls hat aufrecht erhalten wissen wollen,[5]) nichts im Wege steht.[6])

Selbst Verlobte können gemeinschaftliche letztwillige Verfügungen nur durch einen Erbvertrag treffen. Die unzweideutige Fassung des § 2265 B. G. B. läßt keinen Zweifel darüber aufkommen, daß nicht etwa durch die später erfolgte Eheschließung ein von Verlobten errichtetes gemeinschaftliches Testament wirksam wird: es ist und bleibt unwirksam.

Die zahlreichen Gründe, die gegen die aus der Mitte der zweiten Kommission heraus beantragte Ausdehnung der Erlaubnis des gemeinschaftlichen Testierens auf Verlobte sprechen und zur Ablehnung des darauf zielenden Antrages geführt haben, setzen die Protokolle dieser Kommission[7]) eingehend auseinander.

1) § 1913.
2) § 2132 d. II. Entw.
3) Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 5, Anm. 2.
4) Vgl. die Denkschrift z. Entw. eines B. G. B., S. 281.
5) § 140 B. G. B.
6) Vgl. P. Meyer, d. gem. Test. S. 19, Anm. 1.
7) S. 7338 ffg.

4. Kapitel.

b) Die Nichtigkeit der Ehe.

Nur von Ehegatten kann ein gemeinschaftliches Testament errichtet werden. Ist die Ehe zwischen den gemeinschaftlichen Erblassern ipso iure nichtig[1]) oder wird sie mit Erfolg angefochten,[2]) so ist ihr gemeinschaftliches Testament ungültig, und zwar, wie das Gesetz ausdrücklich hervorhebt, seinem ganzen Inhalte nach.[3]) Fehlt es doch an der wesentlichen Voraussetzung der gültigen Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes. Daher konnte sich der Gesetzgeber auch nicht mit der Bestimmung begnügen, die er für das einfache Testament im Falle der Nichtigkeit der Ehe des Erblassers getroffen hat: daß nämlich nur d i e letztwilligen Verfügungen unwirksam sein sollen, durch die der Erblasser seinen vermeintlichen Ehegatten bedacht hat.[4]) Ebenso wenig konnte nach dem einmalig gewählten grundsätzlichen Standpunkte das Gesetz etwa, wie es dies gleichfalls beim einfachen Testamente tut,[5]) diejenigen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes für wirksam erklären, von denen anzunehmen ist, daß die Erblasser sie auch für den Fall der Nichtigkeit ihrer Ehe getroffen haben. Nein, folgerichtig muß das ganze gemeinschaftliche Testament in allen seinen Teilen und mit allen seinen Verfügungen mit dem Bestande der Ehe stehen und fallen. Selbst wenn die Gatten keine Verfügung zu gunsten voneinander oder der Verwandten beider oder eines von ihnen treffen, so geht doch schon aus der von ihnen gewählten Form hervor, daß sie ihre letztwilligen Bestimmungen mehr oder weniger von ihren ehelichen Verhältnissen haben beeinflussen lassen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt Ehen, die zwar ursprünglich nichtig sind, später aber mit rückwirkender Kraft Bestand gewinnen. Die unter Verletzung der Eheschließungsform geschlossene Ehe, ursprünglich nichtig, ist als von Anfang an gültig anzusehen, wenn sie in das Heiratsregister eingetragen worden ist und die Gatten nach der Eheschließung zehn Jahre oder, falls einer von ihnen vorher gestorben ist, bis zu dessen Tode, jedoch mindestens drei Jahre als Ehegatten miteinander gelebt haben.[6]) Ferner wird die wegen Geschäftsunfähigkeit, Bewußtlosigkeit oder vorübergehender Störung der Geistestätigkeit eines der Eheschließenden ursprünglich nichtige Ehe gleichfalls als

1) §§ 1323 ffg. B. G. B.

2) §§ 1330 ffg. B. G. B. Auch der Fall wird von der Vorschrift des § 2077 und also auch von der des § 2268 mitgetroffen, daß der überlebende anfechtungsberechtigte Ehegatte erst nach dem Tode des zuerst verstorbenen die Ehe mit Erfolg gemäß § 1342 angefochten hat; vgl. Planck Anm. 2 a α zu § 2077.

3) § 2268 Abs. 1.

4) § 2077 Abs. 1, Satz 1.

5) § 2077 Abs. 3.

6) § 1324; beachte die Ausnahme im zweiten Satze des Abs. 2.

von Anfang an gültig angesehen, wenn sie der Gatte, in dessen Person einer der aufgezählten Nichtigkeitsgründe bei der Eheschließung vorgelegen hat, nach seinem Wegfalle bestätigt, bevor sie für nichtig erklärt oder aufgelöst worden ist.[7]) Schließlich ist mit derselben Wirkung die ursprüngliche Nichtigkeit einer Ehe heilbar, die wegen Ehebruchs der beiden Eheschließenden miteinander verboten war, nämlich dann, wenn nachträglich Befreiung von jenem Verbote bewilligt wird.[8]) Da die Heilung in allen drei Fällen, wie bereits gesagt, mit rückwirkender Kraft eintritt, so sind die Ehegatten einer solchen nunmehr als von vornherein vollgültig anzusehenden Ehe in allen rechtlichen Beziehungen als seit der Eheschließung verbundene Eheleute zu betrachten. Mithin ist ein von ihnen auch bereits vor dem Zeitablaufe, der Bestätigung der Ehe oder der Befreiungsbewilligung errichtetes gemeinschaftliches Testament voll wirksam.

5. Kapitel.

c) Die Auflösung der Ehe **vor** dem Tode eines Gatten.

Im Falle der Nichtigkeit der Ehe ist das gemeinschaftliche Testament von vornherein ungültig. Von dem Grundsatze ausgehend, daß die Erblasser gemeinschaftlich testieren, **weil** sie Ehegatten sind und im Hinblicke auf ihr eheliches Verhältnis ihre letztwilligen Verfügungen treffen,[1]) läßt das Gesetz das gemeinschaftliche Testament seine ursprüngliche Gültigkeit dann verlieren, wenn die Ehe vor dem Tode eines der Gatten aufgelöst wird.[2])

Dies kann geschehen durch Scheidung,[3]) Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft[4]) und durch Wiederverheiratung im Falle der Todeserklärung des anderen Gatten.[5]) Die Wiederverheiratung geschiedener Eheleute kann dem während der früheren Ehe errichteten

7) § 1325. Mit Recht weist P. Meyer a. a. O. S. 37 Anm. 6 darauf hin, daß, falls der Ehegatte, in dessen Person das Ehehindernis vorlag, auch noch z. Zt. der Testamentserrichtung geschäftsunfähig, bewußtlos oder geistesgestört war, die von ihm getroffene Verfügung wegen Mangels der Testierfähigkeit oder des Testierwillens trotz der Bestätigung der Ehe nichtig bleibt, vielmehr nur die von dem andern Ehegatten getroffene Verfügung durch die Bestätigung der Ehe wirksam wird.

8) § 1328.

1) Die Begründung, die P. Meyer a. a. O. S. 36 der Vorschrift des § 2268 gibt, geht m. E. fehl. Nach seiner Meinung ist das gemeinschaftliche Testament in einem solchen Falle unwirksam, weil den Erblassern infolge Mangels der ehelichen Verbindung z. Zt. **ihres Todes** die Testierfähigkeit ermangle. Diese Begründung ist deshalb unzutreffend, weil nach der herrschenden richtigen Anschauung der spätere Verlust der Testierfähigkeit ein giltig errichtetes Testament nicht unwirksam macht; vgl. Planck V (3. Aufl.) S. 357; Endemann a. a. O. Bd. III S. 201.

2) § 2268 Abs. I B. G. B.

3) § 1564 B. G. B.

4) § 1586 B. G. B.

5) § 1348 B. G. B.

gemeinschaftlichen Testamente natürlich die durch die Scheidung verlorene Gültigkeit nicht wiedergeben. Ebenso wenig vermag die Wiederherstellung der durch rechtskräftiges Urteil aufgehobenen ehelichen Gemeinschaft[6]) diese Wirkung bezüglich eines vor der Wiederherstellung errichteten gemeinschaftlichen Testamentes auszuüben. Denn es läßt die Wiederherstellung nur für die Zukunft die Wirkungen, die mit der Aufhebung der Gemeinschaft verbunden sind, wegfallen.

Für die Zeit von der Rechtskraft des die Aufhebung aussprechenden Urteils bis zur Wiederherstellung der ehelichen Gemeinschaft ist die Ehe tatsächlich aufgelöst gewesen und wird sie weiter als aufgelöst betrachtet.

In allen Fällen kommt es für die Wirksamkeit des gemeinschaftlichen Testamentes allein darauf an, daß die Ehe rechtskräftig aufgelöst worden ist; hingegen ist es ohne Belang, ob der Zustand der Auflösung später wieder beseitigt worden oder beim Tode des zuerst verstorbenen Gatten noch vorhanden ist.

Auch ohne rechtskräftig erfolgte Auflösung der Ehe läßt das Gesetz das gemeinschaftliche Testament seine Gültigkeit in dem Falle verlieren, wenn der verstorbene Gatte auf Scheidung wegen Verschuldens des überlebenden Teiles zu klagen berechtigt war[7]) und die Klage auf Scheidung oder auf Aufhebung der ehelichen Gemeinschaft erhoben hatte. Die Aufnahme dieser Vorschrift war nötig, wollte man die Härte vermeiden, die für die Erben des zuerst versterbenden Gatten darin läge, daß der zufällige Umstand seines Todes ein die Ehe auflösendes und daher das gemeinschaftliche Testament unwirksam machendes Urteil verhinderte.[8]) Planck[9]) will die Vorschrift auch beim Ueberleben des mit Recht auf Scheidung oder Aufhebung klagenden Gatten angewendet wissen. Zur Begründung dieser Ansicht führt er an, daß beim gemeinschaftlichen Testamente die Gültigkeit und Ungültigkeit nicht nur die Verfügung des verstorbenen, sondern auch die des überlebenden Teiles treffe; deshalb müsse, so folgert er, die vernichtende Wirkung der Klageerhebung hier auch dann eintreten, wenn die weitere Verfolgung der Klage gemäß den Vorschriften der Zivilprozeßordnung durch den Tod des Beklagten unmöglich gemacht werde. Dieser Ansicht kann im Hinblick auf den klaren Wortlaut des Gesetzes und auf den Willen des Gesetzgebers, wie er sich in den Protokollen

6) § 1587 B. G. B.

7) Diese Berechtigung hat gefehlt, wenn das Recht des zuerst verstorbenen Gatten auf Scheidung durch Verzeihung (§ 1170) oder durch Fristablauf (§ 1570, 1571) erloschen war oder nach § 616 Z. P. O. nicht mehr geltend gemacht werden konnte.

8) § 628 Z. P. O

9) Anm. 1c zu 2268; ebenso Mattes, d. gem. Test. S. 8 fg.

zeigt,[10]) nicht beigetreten werden.[11]) Es hat seinen guten Grund, weshalb das Gesetz seine Vorschrift auf den Tod des Klägers beschränkt. Andernfalls könnten auch die gesetzlichen Erben des beklagten Gatten die Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testamentes geltend machen, und dies vielleicht zum Schaden des Klagenden, so daß er von seiner berechtigten Klage zu gunsten der Verwandten des schuldigen Gatten Nachteil hätte. Auch übersieht Planck, daß die Vorschrift des § 2077 B. G. B., wie der Vergleich mit § 1933 ergibt, nur dann Anwendung finden kann, wenn dem überlebenden Gatten ein gesetzliches Erbrecht gegen den verstorbenen nicht zukommt.[12]) Im übrigen kann sich ja der überlebende Kläger von seiner Bindung an das gemeinschaftliche Testament, wie später — Kapitel 14 d. A. — noch des näheren ausgeführt werden wird, durch Ausschlagung des ihm von dem verstorbenen Teile Zugewendeten befreien.[13])

Auch in den soeben erörterten beiden Fällen ergreift die Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testamentes dessen ganzen Inhalt. Gegen die Aufnahme dieser zwar harten, aber, wie oben dargelegt, folgerichtigen Vorschrift waren in der zweiten Kommission erhebliche Bedenken geäußert worden.[14]) Und es hat zwar die Mehrheit in folgerichtiger Durchführung des an die Spitze des Titels gestellten Grundsatzes, nur Ehegatten sollen sich des gemeinschaftlichen Testamentes bedienen dürfen, und ferner aus rechtspolitischen Gründen, zur Vermeidung der schwierigen Sonderung der korrespektiven von den nichtkorrespektiven Verfügungen, die befürwortete Beschränkung der Vorschrift auf die korrespektiven Anordnungen nicht für gerechtfertigt gehalten und infolgedessen beschlossen, auch für den Fall, daß die Ehe der Erblasser anders als durch den Tod gelöst werde, die Unwirksamkeit des gemeinschaftlichen Testamentes schlechthin auszusprechen. Indessen haben jene von der Minderheit geäußerten Bedenken doch zu einer Milderung dieses Grundsatzes durch Aufnahme des zweiten Absatzes des § 2268 B. G. B. geführt. Er bestimmt:

> Wird die Ehe vor dem Tode eines der Ehegatten aufgelöst oder liegen die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 Satz 2 vor, so bleiben die Verfügungen insoweit wirksam, als anzunehmen ist, daß sie auch für diesen Fall getroffen sein würden.

Wie die Protokolle ergeben, verdankt diese Vorschrift ihre Aufnahme der Ansicht, daß auch die nichtkorrespektiven Verfügungen des

10) S. 7376 fg.

11) G. A. fast einstimmig die übrige Literatur: vgl. Goldmann, d. gem. Test. S. 68; Dernburg, Bürgerl. Recht Bd. V § 91 Anm. 2; Strohal, Erbr. S. 324 Anm. 23; Cosack, Bürg. Recht Bd. II § 360 V; Frommhold, Anm 1 zu § 2268; Staudinger-Herzfelder, Komment Anm. 1 zu § 2268; P. Meyer a. a. O. S. 38 Anm. 10.

12) Vgl. Strohal a. a. O.

13) § 2271 Abs. II Satz 2 B. G. B.

14) Protok. d. 2. Komm. a. a. O.

gemeinschaftlichen Testamentes deshalb mit seinem Hauptinhalte durch die Auflösung der Ehe ihre Kraft verlieren, weil ein dahingehender Wille der Erblasser anzunehmen sei. Das Gesetz müsse daher, so folgerte man, diejenigen Verfügungen ausnehmen, bei denen ein solcher Wille der Erblasser nachweislich ausgeschlossen sei.

Diese Auffassung ist nicht zu billigen. Nicht auf den Willen der Erblasser, vielmehr auf die objektiven gesetzlichen Voraussetzungen mußte die Vorschrift des ersten Absatzes des § 2268 gestützt werden.[15])

Man muß sich daher stets vor Augen halten, daß die Vorschrift des zweiten Absatzes eine Durchbrechung, und zwar eine nicht unbedenkliche,[16]) des Grundsatzes bedeutet und eine Ausnahmebestimmung darstellt, und muß daher bei ihrer praktischen Anwendung äußerst vorsichtig sein.

Selbstverständlich muß nach dem Satze, daß die Beweislast trägt, wer sich auf eine Ausnahme der Regel beruft, der dahingehende Wille der Erblasser von dem bewiesen werden, der behauptet, daß trotz Auflösung der Ehe oder der ihr gleichgestellten Erhebung der Scheidungs- oder Aufhebungsklage Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes wirksam seien.[17]) An das im Gesetze gegebene Beweisthema sind strenge Anforderungen zu stellen, um so der praktischen Anwendung der Ausnahmevorschrift möglichst enge Grenzen zu ziehen.[18])

Gleichgültig ist es für ihre Anwendung, ob die Verfügungen, die wirksam sein sollen, korrespektiv sind oder nicht.[19]) In der Praxis wird es sich allerdings fast ausschließlich um nichtkorrespektive handeln.[20])

II. Die Form des gemeinschaftlichen Testamentes.

6. Kapitel.

1. Allgemeines.

Für das gemeinschaftliche Testament stehen dieselben Formen zur Verfügung wie für das einfache. Das Bürgerliche Gesetzbuch spricht dies zwar nicht besonders aus; man muß indes aus seinem Stillschweigen diesen Schluß ziehen, den auch die Gesetzesmaterialien bestätigen.[1])

15) Endemann, Bürg. Recht Bd. III § 45 Anm. 5.
16) Endemann a. a. O.; Frommhold, Erbr. Anm. 2 zu § 2268.
17) Vgl. Mattes, d. gem. Test. S. 9; P. Meyer a. a. O. S. 38 Anm. 14
18) Endemann a. a. O Anm. 6.
19) Löwenwald a. a. O. S. 91 fg.; P. Meyer, a. a. O.
20) Planck, Anm. 2 zu § 2268; P. Meyer, a. a. O.
1) Protok. d. 2. Komm. S. 7341.

In der zweiten Kommission war der Antrag gestellt, nur die ordentlichen Formen zuzulassen; mit der Begründung, daß auf diese Weise die Anwendung des als gefährlich angesehenen gemeinschaftlichen Testamentes wenigstens teilweise eingeschränkt werden würde. Es siegte indessen die folgerichtige Anschauung, daß, wenn man das gemeinschaftliche Testament überhaupt als einem Bedürfnisse entsprechend zuließe, dann auch kein Grund vorläge, seine Errichtung Ehegatten, die in die Zwangslage kämen, in außerordentlicher Form testieren zu müssen, zu versagen. Es verbanden sich mit dieser Anschauung auch dieselben rechtspolitischen Erwägungen, die für die Zulassung des gemeinschaftlichen Testamentes überhaupt geltend gemacht wurden, daß man nämlich durch ein Verbot die Eheleute zu dem der Rechtssicherheit noch viel gefährlicheren korrespektiven Testieren in getrennten Akten zwänge. Und so gab man sämtliche Formen, die öffentlichen und die eigenhändige, die ordentlichen und die außerordentlichen, frei.

Es können also Eheleute ein gemeinschaftliches Testament errichten einmal in ordentlicher Form

a) vor einem Richter oder Notar in der Weise, daß sie unter Beobachtung der vom Gesetze vorgeschriebenen Formen einer dieser Urkundspersonen ihren letzten Willen mündlich erklären oder eine Schrift mit der mündlichen Erklärung übergeben, daß die Schrift ihren letzten Willen enthalte;[2])

b) durch eine von ihnen unter Angabe des Ortes und Tages eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung.[3])

Zu bemerken ist bezüglich der unter a) aufgeführten Form, daß natürlich jeder Ehegatte seine Anordnungen vollständig zu Protokoll erklären kann oder aber auch nur der eine den gesamten Inhalt des gemeinschaftlichen Testamentes und der andere lediglich seine Erklärung, daß die vom ersteren abgegebenen Erklärungen auch als sein letzter Wille gelten sollen.[4]) Es steht dem auch nichts im Wege, daß jeder Gatte eine besondere Schrift überreicht, da ja beim öffentlichen Testamente die übergebene Schrift und das Protokoll ein Ganzes bilden, die Gemeinschaftlichkeit des Testierens also durch die Einheitlichkeit des Protokolls gewahrt wird.[5])

Strittig geworden ist die Frage, ob bei der öffentlichen Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments beide Ehegatten ihren letzten Willen in ein und derselben Weise kundtun müssen oder ob sie es in verschiedenen Formen tun können: der eine durch mündliche Erklärung, der andere durch Uebergabe einer seinen letzten Willen enthaltenden Schrift. Praktisch von Bedeutung wird diese Frage haupt-

2) § 2231 Ziff. 1. B. G. B.
3) § 2231 Ziff. 2 B. G. B.
4) Strohal, Erbr. Bd. I S. 320 Anm. 6.
5) Strohal a. a. O. S. 320.

sächlich dann, wenn jeder der Gatten aus irgend einem Grunde nur in einer Form testieren kann, die dem anderen Teile gerade versagt ist.[6])

Nach der einen Ansicht[7]) ist für beide Gatten nur dieselbe Form zulässig. Sie wird damit begründet, daß man unter einem gemeinschaftlichen Testamente ein in einem einheitlichen Rechtsakte errichtetes Testament zweier Erblasser zu verstehen habe, so daß nur ein Testament vorhanden sei, welches das Testament beider darstelle. Wenn sich die Erblasser verschiedener Formen bedienten, so lägen zwei gesonderte Testamente, nicht aber ein gemeinschaftliches vor.

Die Gegner dieser Ansicht[8]) dagegen erblicken das Wesentliche des gemeinschaftlichen Testamentes in seiner gemeinschaftlichen Errichtung durch die Ehegatten bei der Behörde und insbesondere in dem Zusammenhange der Errichtungsvorgänge und in der Einheit des Protokolls über die letztwilligen Erklärungen. Sie lassen deshalb die gemischte Errichtungsweise zu. Nur für den Fall des § 2238 Abs. 2 machen sie eine Ausnahme:[9]) falls die Ehefrau minderjährig ist oder einer der Ehegatten Geschriebenes nicht lesen kann, so soll auch dem anderen Teile die Testamentserrichtung im Falle des gemeinschaftlichen Testierens nur in der Form der mündlichen Erklärung gestattet sein, weil andernfalls der Zweck, den das Gesetz mit der Vorschrift des § 2238 Abs. 2 verfolgt, vereitelt würde; und es wäre ferner dem Gatten, der Geschriebenes nicht lesen kann, unmöglich, sich von dem Inhalte der vom anderen Gatten schriftlich getroffenen Anordnungen zu überzeugen, was sich mit dem Wesen des gemeinschaftlichen Testamentes natürlich nicht vertrüge.

Das Richtige dürfte sein, wie Strohal[10]) es will, die Frage je nach Maßgabe der Sachlage zu entscheiden. Im praktischen Ergebnisse dürfte man freilich dann fast stets zum Ausschlusse der Mischform kommen. Bei der Entscheidung der einzelnen möglichen Fälle kann ich Strohal[11]) in mehreren Punkten nicht beistimmen. Der § 2243 B. G. B. verlangt von dem am Sprechen verhinderten Erblasser, daß er eine Schrift übergebe, die seinen letzten Willen enthalte. Dem dürfte es nicht entsprechen, wenn er lediglich die schriftliche Erklärung übergibt, daß der zu Protokoll genommene Testamentsinhalt des anderen Gatten auch als sein Testament gelten solle. Diese Form des gemeinschaftlichen Testierens dürfte also zwar nicht als der Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes, wohl aber als der positiven

---

6) Vgl. die Zusammenstellung der in der Praxis möglichen Fälle bei Jastrow. Formularbuch Teil I Seite 198 Anm. 4.

7) Planck, Vorbem. 3 zu 8. Tit. d. 3 Abschn. d. Erbrechts; Jastrow a. a. O. S. 189 Anm. 2.

8) Dernburg Bürg. Recht Bd. V S. 253; Staudinger-Herzfelder Anm. 3 zu § 2265; P. Meyer, a. a. O. S. 21; Sengteller, d. gem. Test. S. 69.

9) Wie Dernburg a. a. O. sie begründet, ist nicht recht verständlich.

10) Erbrecht Bd. I S. 321.

11) a. a. O. S. 321 Anm. 8 u. 9.

Vorschrift des § 2243 Abs. 1 widersprechend zu verwerfen sein. Zwar zu demselben Endergebnisse aber mit anderer Begründung wie Strohal komme ich in dem Falle, daß die Ehefrau minderjährig ist. Aus welchem Grunde das Bürgerliche Gesetzbuch dem Minderjährigen das schriftliche Testieren verboten hat, darüber ergeben die Gesetzesmaterialien keinen Aufschluß. Ich glaube, daß der Gesetzgeber weniger seine Unfähigkeit, die volle Bedeutung des Inhalts einer Urkunde zu würdigen, in Betracht gezogen hat, als daß er vielmehr verhindern wollte, daß der Minderjährige, ohne von irgend einem Unbeteiligten, Richter oder Notar, beraten werden zu können, unlauter beeinflußt werde. Und dieser Zweck des Gesetzes dürfte in dem Falle vereitelt werden, wenn der volljährige Ehegatte seinen letzten Willen in einer verschlossenen Urkunde, wozu er an sich gemäß § 2231 Nr. 2 B. G. B. berechtigt ist, übergibt und die minderjährige Ehefrau mündlich erklärt, der Inhalt jener Urkunde sei auch ihr letzter Wille.

Bezüglich des eigenhändigen gemeinschaftlichen Testamentes hat das Gesetz noch eine besondere Vorschrift aufgestellt,[12]) die unten — Kapitel 8 d. A. — des näheren erörtert werden soll.

Außer diesen ordentlichen aber stehen, wie ausgeführt, dem gemeinschaftlichen Testamente auch die außerordentlichen Formen zur Verfügung, nämlich

a) die des Nottestamentes.[13]) Ueber diese soll gleichfalls weiter unter — Kapitel 7 — eingehend gesprochen werden;

b) die des im gemeinen Rechte mit testamentum pestis tempore conditum bezeichneten Testamentes.[14]) Dieser Form können sich Erblasser bedienen, die sich an einem Orte aufhalten, der infolge des Ausbruchs einer Krankheit oder infolge sonstiger außerordentlicher Umstände derart abgesperrt ist, daß die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist. Die Form ist entweder die des Nottestamentes — siehe Kapitel 7 d. A. — oder die der mündlichen Erklärung vor drei Zeugen;

c) die des Seetestamentes,[15]) dessen Form gleichfalls die mündliche Erklärung vor drei Zeugen ist und das solchen Erblassern zur Verfügung steht, die sich während einer Seereise an Bord eines deutschen, nicht zur Kaiserlichen Marine gehörenden Fahrzeugs[16]) außerhalb eines inländischen Hafens befinden.

12) § 2267 B. G. B.
13) § 2249 B. G. B.
14) § 2250 B. G. B.
15) § 2251 B. G. B.
16) Bezüglich der Personen auf deutschen Kriegsschiffen vgl. Einf. Ges. z. B. G. B. Art. 44. Ihnen steht die Befugnis zur Errichtung eines Militärtestamentes zu.

7. Kapitel.

2. Das gemeinschaftliche Nottestament.

Ist zu besorgen, daß der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testamentes vor einem Richter oder Notar möglich ist, so kann er seinen letzten Willen gültig vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der er sich aufhält, und zwei Zeugen errichten.[1]) Ein solches Testament pflegt man mit dem Ausdrucke Nottestament — gemeinrechtlich Dorftestament, testamentum ruri conditum — zu bezeichnen. An sich wäre diese Form für das gemeinschaftliche Testament nur dann zulässig, wenn jene Besorgnis in der Person beider Gatten vorliegt. Denn, wie wir gesehen haben, enthält ja das gemeinschaftliche Testament das Testament jedes der beiden Gatten; es müßte also folgerichtig in der Person eines jeden von ihnen die Voraussetzung der gültigen Errichtung des Nottestamentes gefordert werden.

Indessen hat das Gesetz aus rechtspolitischen Gründen, um die in der Durchführung des Grundsatzes liegende Härte zu vermeiden, durch positive Vorschrift[2]) bestimmt, daß diese außerordentliche Form auch dann den Erblassern offen stehen soll, wenn auch nur in der Person e i n e s von ihnen die Besorgnis des vorzeitigen Ablebens vorliegt.

8. Kapitel.

3. Das eigenhändige gemeinschaftliche Testament.

Für die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testamentes in der Form des eigenhändigen Testamentes hat das Gesetz,[1]) wie bereits erwähnt, eine Formerleichterung geschaffen. An sich müßte ja gemäß § 2231 Ziffer 2 jeder Ehegatte das Testament eigenhändig schreiben, mit Orts- und Zeitdatum versehen und unterschreiben. Es müßten sich dann beide Testamente durch Niederschrift auf e i n e m Bogen oder durch mechanische Verbindung so wie durch einen ausdrücklichen oder aus ihrem Inhalte zu folgernden Hinweis der Testatoren auf ihren dahingehenden Willen als ihr gemeinschaftliches Testament darstellen. Um indessen das überflüssige zweimalige Schreiben der übereinstimmenden Erklärungen zu vermeiden, erklärt es das Gesetz für genügend, wenn einer der Ehegatten das Testament in der für das einfache eigenhändige Testament vorgeschriebenen Form errichtet und der andere Ehegatte unter Angabe des Ortes und Tages die Erklärung beifügt, daß das Testament auch als sein Testament gelten solle.

Diese Vorschrift hat in der Wissenschaft und in der Rechtsprechung eine so große Zahl von Streitfragen hervorgerufen, daß die

---

1) § 2249 B. G. B., dessen besondere Vorschriften zu beachten sind
2) § 2266 B. G. B.

1) § 2267.

beabsichtigte Formerleichterung sich, wie Eichhorn[2]) nicht ohne Recht sagt, fast als Erschwerung darstellt.

Schon darüber sind die Ansichten geteilt,[3]) ob die Form des § 2267 die einzige für das eigenhändige gemeinschaftliche Testament zugelassene ist oder nur eine besonders erleichterte, neben der schwerere, den Vorschriften für das gewöhnliche eigenhändige Testament entsprechende, möglich sind. Der Wortlaut des Gesetzes sollte einen solchen Zweifel nicht aufkommen lassen. Deutlicher als mit den Worten „es genügt, wenn usw." hätte der Gesetzgeber doch gar nicht zum Ausdrucke bringen können, daß die umständlichere Form des § 2231 Ziffer 2 natürlich auch zulässig ist. Dies ist auch die herrschende Meinung.[4]) Die Gegner[5]) stützen ihre Ansicht auf eine allerdings befremdliche Bemerkung der Protokolle;[6]) daß ein zweimal geschriebenes Testament kein gemeinschaftliches Testament, sondern zwei einzelne Testamente darstellen würde.

Dieser Ansicht widersprechen indessen sowohl der klare und unzweideutige Gesetzestext als auch innere Gründe. Es ist nicht ersichtlich, warum ein gemeinschaftliches Testament zwar vorliegen soll, wenn zwei Erblasser ihren letzten Willen, jeder für sich, nacheinander mündlich erklären, und diese Erklärungen in einer gemeinsamen Urkunde aufgenommen werden, aber nicht dann, wenn die Erblasser jeder für sich nacheinander ihren letzten Willen schriftlich erklären und diese Erklärungen in einer Urkunde niederlegen, deren Inhalt unzweideutig auf ihren Willen, gemeinschaftlich zu testieren, schließen läßt.[7])

2) In der Zeitschr. d. deutsch. Notar-Vereins 1901 S. 248.

3) Vgl. die Zusammenstellung der Meinungen bei Neumann Jahrb. d. deutsch. Rechts Bd. 4 S. 514.

4) Windscheid-Kipp, Lehrb d. Pandektenr. Bd. 3 S. 313; Eck-Leonhard, Vortr. Bd. 3 S. 173; Strohal, Erbrecht S. 322; Plank Anm. 3 zu § 2267; Dernburg, dtsch. Erbr. S. 254 Anm. 6; Frommhold, Erbr. Anm. 3 zu § 2267; Staudinger-Herzfelder Anm. 2 Abs. 3 zu § 2267; Peiser, Testamentsrecht S. 333 Anm. 3; Eichhorn, in Ztschr. d. deutsch. Not.-Ver. 1901 S. 248; Goldmann bei Gruchot Bd. 48 S. 71; P. Meyer a. a. O. S. 25.

5) Jastrow, Formularbuch I S. 190 Anm. 2 zu § 2267; Böhm, Erbrecht S. 213; Henle in Fischer-Henle, Hand-Ausgabe d. B. G. B. [(4. Aufl.) In den späteren Auflagen (vgl. die 7.) ist auch er zu der im Texte vertretenen Ansicht übergegangen.] Anm. 1 zu § 2267; Böhm, Erbrecht S. 213; Löwenwald, Gem. Test. S. 85. Jastrow hat später (in Buschs Ztschr. f. Ziv. Proz. Bd. 34 S. 504 fg.) seine Ansicht insofern modifiziert, als er nur noch verlangt, daß die Unterschrift jedes Ehegatten alle Verfügungen, auch die des andern Gatten, decken muß, so daß also auch nach ihm die Form möglich ist, daß jeder Ehegatte sein Testament vollständig selbst schreibt, wenn er nur in den Text den Inhalt der Erläuterung des anderen mit aufnimmt.

6) S. 7342.

7) Goldmann a. a. O. verlangt zur Gemeinschaftlichkeit des Errichtungsaktes sogar nur, daß die Erklärungen der beiden Ehegatten sich auf einer Urkunde befinden.

Die in den Protokollen niedergelegte Ansicht der zweiten Kommission kann nur auf einer Verkennung des Wesens des gemeinschaftlichen Testamentes beruhen. Offenbar bezieht sich die Gemeinschaftlichkeit der Testamente, wie sie das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 2265 ffg. versteht, auf die Art ihrer Errichtung. Die Errichtung muß gemeinschaftlich sein. Es gehört dazu, wie das Kammergericht[8]) zutreffend ausführt, „ein bewußtes und gewolltes Zusammenwirken beider Testatoren zur Zustandebringung des Testamentes in allen seinen wesentlichen Bestandteilen, dessen Ergebnis als ein einheitliches Ganzes in Erscheinung tritt.“ Das ist das subjektive Erfordernis der Gemeinschaftlichkeit des Testamentes. Es fragt sich, ob dies genügt, oder ob nicht zu einem gültigen gemeinschaftlichen Testamente auch das objektive Moment der Einheitlichkeit des Errichtungsaktes erforderlich ist.[9]) Die Entscheidung des höchsten Bayrischen Gerichtshofes[10]) geht entschieden zu weit, wenn sie zwei ganz getrennte eigenhändige Testamente als ein gemeinschaftliches Testament gelten läßt, lediglich weil es offenbar im Willen der Testatoren gelegen habe, auf diese Weise ein solches Testament zu errichten. Es muß dabei im Auge behalten werden, daß das Gesetz mit Recht möglichst strenge Erfordernisse für die Testamentserrichtung im allgemeinen aufstellt und für die besonders häufig zu beobachtenden Unklarheiten Auslegungsregeln gibt, weil ja der Mund des Erblassers, wenn sein letzter Wille in Wirksamkeit tritt, nicht mehr die oft notwendigen Erklärungen über das von ihm wirklich Gewollte zu geben vermag. Daß also aus der Testamentsurkunde die gemeinschaftliche Errichtung sich ergebe, muß als objektives, allein in die Erscheinung tretendes Moment gefordert werden, entgegen denen, denen alles auf das subjektive Willensmoment allein ankommt.[11])

Denn gerade durch seine Errichtung in demselben Akte unterscheidet sich das gemeinschaftliche Testament, das ja in sich zwei selbstständige Testamente enthält, von zwei gewöhnlichen Testamenten.

Man braucht nun wiederum nicht den Begriff der Gemeinschaftlichkeit so eng zu fassen, daß man darunter Einheitlichkeit des Errichtungsaktes versteht und verlangt, die Erklärungen beider Ehegatten müssen vom gleichen Tage und vom gleichen Orte sein.[12]) Das

---

8) K. G. J. 29 A 61.

9) vgl. Strohal a. a. O Bd. I S. 322 Anm. 13; Mantey im „Recht“ 1901 S. 430; Staudinger-Herzfelder Anm. 2 a. E. zu § 2267.

10) O. L. G. Rspr. 9, 417 fg.

11) G. A. P. Meyer a. a. O. S. 24 Anm. 19.

12) G. A. Goldmann a. a. O. S. 70; Strohal a. a. O. S. 322 Anm. 13; Endemann, Bürg. Recht Bd. III § 27 Anm. 27; Mantey a. a. O. — A. A. Planck-Rittgen, Vorbem. 3 zu §§ 2265 ffg. In der 3. von Unzner bearbeiteten Auflage ist auch dort in Anm. 4b zu 2267 zu der im Texte vertretenen Ansicht übergegangen. Jastrow Formularb. I S. 191 Anm. 3 zu § 2267; Eichhorn in D. Not. V. Z. 01, 248; Hölder in Iherings Jahrb. Bd. 41 S. 324.

römisch-rechtliche Erfordernis der unitas actus, die darin bestand, daß der Akt der Testamentserrichtung von Anfang bis zu Ende ununterbrochen ohne Einmischung eines fremden, mit der Testamentshandlung in keiner Verbindung stehenden Geschäftes vor sich ging,[13]) hat das Bürgerliche Gesetzbuch für das Einzeltestament nicht aufgenommen, weder für das öffentliche,[14]) noch für das eigenhändige.[15]) Es liegt deshalb m. E. mangels besonderer gesetzlicher Bestimmung kein Grund vor, für das gemeinschaftliche Testament Einheit von Ort und Zeit zu verlangen. Hingegen müssen die Erklärungen beider Ehegatten in derselben Urkunde enthalten sein; das ist wohl die weiteste Grenze, die man dem Worte „gemeinschaftlich" ziehen darf.[16])

Gegen die Ansicht, die die Form des § 2267 für allein zulässig hält, wird auch mit Recht angeführt, daß dann ja ein gemeinschaftliches eigenhändiges Testament nicht zulässig wäre, wenn die Ehegatten keine gemeinschaftlichen Verfügungen treffen, weil dann ja der eine Gatte unmöglich erklären könne, daß die Anordnungen des anderen auch als sein letzter Wille gelten sollen. Für eine solche Annahme aber bietet das Gesetz nirgend einen Anhalt.[17])

Man wird nach dem Vorhergehenden neben der Form des § 2267 für zulässig erachten, daß entweder beide Ehegatten den gesamten Inhalt des Testaments, also jeder sowohl seine als auch des andern Teils Verfügungen, in e i n e r gemeinsamen Urkunde eigenhändig niederschreibt, datiert und unterschreibt, oder jeder Ehegatte nur seine eigenen Verfügungen in einer gemeinsamen Urkunde eigenhändig niederschreibt und datiert, und der ganze Text dann von ihnen beiden unterschrieben wird. Auf diese Weise ist sowohl der Form des § 2231 Ziffer 2 als auch der Einheitlichkeit des Errichtungsaktes — gemeinsame Urkunde und ersichtlicher Wille, gemeinschaftlich zu testieren — genügt.[18]) Der Teil des nach § 2267 errichteten Testamentes, der die eigentlichen Verfügungen, vom schreibenden Ehegatten datiert und unterschrieben, enthält, steht zu der Beitrittserklä-

13) Vgl. Windscheid, Pandekten § 508; Glück, Pandekten-Kommentar Bd. 34 S. 375 fg.

14) Vgl. Planck-Strecker (3. Aufl.) Anm. 4 zu § 2239; Dernburg, Erbrecht § 32 V; Strohal, Erbrecht § 21 Anm. 26.

15) Vgl. Planck-Strecker (3. Aufl.) Anm. II 5 Abs. 2 zu § 2231; K. G. J. 21 A. 56; Hölder, a. a. O. S. 316.

16) A. A. Bayr. Oberst. L. G. in O. L. G. Rspr. 9, 417.

17) Vgl. Goldmann a. a. O. S. 71.

18) Vgl. hierzu P. Meyer, d. gem. Test. S. 25 fg. Er verwirft mit Recht — Anm. 29 — sowohl Dernburgs [Erbrecht § 90 I 2] Ansicht, wonach es genügt, wenn jeder Ehegatte seine Verfügung unterschreibt, weil dann zwei formell selbständige Testamente vorlägen, als auch — Anm. 28 — die besonders von Förtsch [im „Recht" 1900 S. 548] vertretene Ansicht, daß wenn jeder Ehegatte seine Verfügung eigenhändig schreibe und am Schlusse des ganzen Textes unterschreibe, die Angabe des Datums nur durch einen der beiden Ehegatten zu erfolgen brauche, als der Mindestforderung des § 2267 widersprechend.

rung des anderen Ehegatten in dem Verhältnisse einer selbständigen zu einer akzessorischen Erklärung; denn jener stellt zugleich ein für sich allein gültiges Einzeltestament dar, während die Einzelerklärung allein keinen Sinn hat. Die Folge dieses Verhältnisses ist, daß, falls das Haupttestament nichtig ist, diese Nichtigkeit das gesamte gemeinschaftliche Testament ergreift, falls aber nur die Beitrittserklärung nichtig ist, die Nichtigkeit auf diese beschränkt bleibt.[19])

Gehen wir nunmehr zu Einzelheiten über, so ist es zunächst natürlich völlig gleichgültig, welcher der Ehegatten den Text des Testamentes schreibt, welcher die Zustimmungserklärung.

Gleichgültig ist es auch, ob die Erklärungen der Testatoren in einem Satze mit „wir" oder die eines jeden von ihnen in gesonderten Sätzen mit „ich" niedergeschrieben werden.

Selbstverständlich ist, daß das Testament des den Text schreibenden Ehegatten den Erfordernissen des § 2231 Ziffer 2 entsprechen, also mit Angabe von Ort und Tag und der Unterschrift versehen sein muß, ehe die Beitrittserklärung des anderen Ehegatten erfolgt.

Von den zahlreichen Streitfragen, die hinsichtlich der für das eigenhändige Einzeltestament aufgestellten Vorschriften entstanden sind, sollen im folgenden nur die für die Praxis wichtigsten einer Erörterung unterzogen werden.[20])

Was die Unterschrift betrifft, so besteht darüber wohl kaum ein Zweifel, daß sie sich am Ende der gesamten Erklärung befinden muß, da sie sie ja decken soll. Ob zu der Erklärung auch das Datum gehört, ist dagegen strittig. Planck[21]) bejaht die Frage; ebenso Brock[22]) und Cosack.[23]) Zimmer[24]) und Hölder[25]) verlangen sogar, daß das Datum vor der Unterschrift stehe, während die Erstgenannten es nur durch die Unterschrift äußerlich gedeckt wissen wollen.

Hingegen wird die Frage im Anschlusse an Eichhorn,[26]) Märcker[27]) und Strohal[28]) von der Praxis[29]) mit Recht verneint. Diese fordert lediglich einen seine Bedeutung als Datum dieser Er-

19) Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 22 Anm 13; Märcker, Nachlaßbehandlung S. 93; Planck-Rittgen, Anm. 1 zu § 2267; Staudinger-Herzfelder, Anm. 2 zu § 2267; Kammergericht in Rechtsspr. O. L. G. 8, 287 und 14, 307.

20) Sie sämtlich eingehend zu behandeln, ist nicht Sache dieser Arbeit. Vgl. darüber die Kommentare zum § 2231 und ferner die Einzelabhandlungen von Brock, das eigenhändige Testament, Zimmer i. Arch. f. Bürgl. Recht Bd. 24 S. 17 ffg.; Franke in Thür. Blättern Bd. 50 S. 161 ffg. u. a. m.

21) Anm. II 3 c zu § 2231.

22) A. a. O. S. 86.

23) § 353 Ziff. I 3.

24) S. 22.

25) In Iherings Jahrbüchern 50 S. 280.

26) A. a. O. S. 243.

27) Nachlaßbehandlung S. 90.

28) § 21 a Ziff. II 9 a.

29) Vgl. R. G. 52, 277, Gruchots Beiträge 48 S. 366; K. G. J. 21 A. 56, 22 A. 49, 29 A. 54 u. 65; O. L. G. Rspr. 14, 289, 302.

klärung ersichtlich machenden räumlichen Zusammenhang zwischen Datum und letztwilliger Erklärung. Sie sieht nämlich in dem Datum nichts als ein Zeugnis des Erblassers, daß er die Erklärung an dem angegebenen Orte und Tage abgebe.

Nicht zu verlangen ist, daß die Unterschrift tiefer stehe als jeder Buchstabe der Erklärung.[30]) Man wird vielmehr mit Planck[31]) als Unterschrift jede Namensunterzeichnung gelten lassen können, aus deren räumlicher Stellung zur Erklärung der Verkehr deren Deckung durch sie als vorliegend betrachtet. Wann dies der Verkehr tut, ist freilich auch wieder streitig.[32]) Richtig dürfte es sein, daß hiernach die Unterschrift am Ende des ganzen Testamentstextes stehen muß.[33]) Daß der Name des Erblassers in den letzten Satz, der keine sachliche Erklärung des Erblassers, sondern nur den formellen Abschluß des Testaments enthält, hineingezogen werden kann, ohne dadurch seine Eigenschaft als Unterschrift zu verlieren, hat das Reichsgericht m. E. durchaus zutreffend entschieden.[34])

Unerheblich ist, ob das Datum am Kopf oder am Schlusse der Erklärung steht oder auch im Laufe der Erklärung als Satzteil eingefügt ist.

Darüber, daß der Ausdruck des Datums an keine bestimmten Formen gebunden ist, herrscht Einigkeit.[35])

Hingegen ist es eine überaus bestrittene Frage, ob das Datum des eigenhändigen Testaments der Wahrheit entsprechen muß.[36]) Ihre Entscheidung hängt davon ab, ob man das Datum als einen Teil der Willenserklärung des Erblassers oder lediglich als sein Zeugnis über Ort und Zeit der Errichtung des Testaments ansieht. Wie oben bereits ausgeführt, hat sich die Praxis der letzteren von Mantey,[37]) (Gößler,[38]) Märcker,[39]) Herzfelder,[40]) Endemann,[41])

30) A. A. die von Dernburg in D. J. Z. 04, 4 fg. und von Danz daselbst S. 659 ffg. mit trefflicher Begründung als verfehlt bezeichnete Entscheidung des Kammergerichts in O. L. G. Rspr. 7, 363.

31) A. a. O.

32) Vgl. K. G. J. 26 A. 48 im Gegensatze zu Weißler in Z. d. D. Not.-V. 03, 393 ffg.; Dernburg in D. J. Z. 04, 4 ffg.; Cosack, Bürg. R. § 353 Ziff. I 3.

33) Vgl. Brock a. a. O. S. 80 fg

34) Vgl. Gruchots Beiträge 48, 366.

35) Vgl. die einzelnen hierher gehörigen Fragen bei Planck Anm. II 4 zu § 2231.

36) Ich halte die praktische Bedeutung des darüber entstandenen Streites im Gegensatze zu P. Meyer a. a. O. S. 23 Anm. 15 für sehr erheblich, da ich die Gültigkeit der Regel „falsa demonstratio non nocet“ für die Auslegung vom Formvorschriften nicht anerkennen kann.

37) In Gruchots Beitr. Bd. 43, 641 ffg.

38) Zur Lehre von der Datierung des eigenh. Test.

39) A. a. O. S. 89.

40) Erl. V c 5 zu § 2231.

41) A. a. O. § 27 Anm. 16

Frommhold[42]) und Peiser[43]) vertretenen Ansicht angeschlossen[44]). Darnach muß das Datum wahrheitsgemäß denjenigen Ort und Tag angeben, an welchem das Testament durch Hinzufügung des letzten formellen Erfordernisses seine Vollendung erhalten hat. Endemann, Frommhold und Peiser weichen insofern etwas ab, als sie die Vollziehung der Unterschrift als den maßgebenden Zeitpunkt ansehen. Dieser Ansicht genau entgegengesetzt ist die von Cosack,[45]) Böhm,[46]) Traenkner,[47]) Oertel,[48]) Danz,[49]) Meyer,[50]) Strohal,[51]) Weißler[52]) und Hölder[53]) vertretene, wonach das Datum als Teil der Willenserklärung anzusehen ist und infolgedessen allein vom Willen des Testators abhängt; die Anhänger dieser Theorie, der auch vor allen Planck[54]) huldigt, halten demnach folgerichtig eine tatsächliche Richtigkeit der Orts- und Zeitangabe zur Gültigkeit des Testamentes überhaupt nicht für erforderlich. Sie verwerfen auch die vermittelnde Ansicht Brocks,[55]) Kipps,[56]) Dernburgs[57]) und Eichhorns,[58]) nach denen das Testament zwar dann nichtig ist, wenn der Erblasser bewußtermaßen ein unrichtiges Datum geschrieben hat, hingegen seine Gültigkeit trotz unrichtiger Datierung behält, wenn diese auf einem Irrtume des Erblassers beruht und das richtige Datum sich, sei es aus dem Testamente selbst, sei es sonstwie, feststellen läßt, oder wenn sich der Erblasser offenbar geirrt hat.

Allein richtig dürfte die Ansicht sein, die als Folge der falschen Datierung schlankweg Nichtigkeit des Testamentes eintreten läßt. Die Vorschrift des § 2231 ist eine strenge Formvorschrift, die dem nur sehr widerstrebend vom Gesetzgeber aufgenommenen eigenhändigen Testamente alle nur möglichen Kautelen gewähren soll, um Fälschungen, die gerade bei dieser Testamentsform besonders leicht vorkommen können, nach Möglichkeit leicht erkennen zu lassen. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat das eigenhändige Testament aus dem französischen

---

42) A. a. O. Anm. 26, c zu § 2231.
43) Test.-Recht S. 297 ffg.
44) Vgl. R. G. 51, 166; 52, 277; 64, 423; J. W. 07, 366; Seufferts Arch. 58, 25; K. G. J. 31 A. 103 [i. Ggs. zu 24 A. 45]; vgl. noch Staudinger-Herzfelder zu 2341 a II 1.
45) A. a. O. II § 353 Anm. 2.
46) A. a. O. S. 80.
47) Im Sächs. Arch. 7, 354.
48) Ebendort 13, 406.
49) Auslegung (2. Aufl.) S. 242 ffg.
50) Erbrecht § 28 Ziff. 1 a und in „das gem. Test." S. 22 Anm. 15.
51) A. a. O. § 21 a Ziff. II 9 c.
52) In Z. d. D. Not.-V. 07, 264 ffg.
53) In Iherings Jahrb. 50, 277 ffg. und Nachlaßverfahren S. 87 u. 157.
54) A. a. O.
55) A. a. O. S. 84 fg.
56) Zu Windscheid Pand. § 545 Ziff. II a
57) § 30 Ziff. 2.
58) A. a. O. S. 543.

Rechte herübergenommen. Dort schon bildete die Frage nach dem Erfordernisse der Richtigkeit der Datierung einen heiß umstrittenen Punkt, woran der Wortlaut des art. 970 code civil schuld war. Dieser verlangte von dem testament olographe, daß es „. . . . et daté“ sei. Welches Datum und ob überhaupt ein richtiges der code verlangte, oder ob er bloß irgend eine Datierung verlangte, konnte nach dem Wortlaute des Gesetzes sonach zweifelhaft sein und wurde, wie bereits gesagt, der Gegenstand einer großen Zahl einander widersprechender Entscheidungen und wissenschaftlicher Abhandlungen.[59]) Dem wollte das Bürgerliche Gesetzbuch, als es das Institut übernahm, offenbar ein Ende machen, indem es die eigenhändige Angabe des Ortes und des Tages verlangt. Bei der großen Sorgfalt, die die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches auf die sprachliche Fassung des Gesetzes verwandt haben, ist darüber nicht hinwegzukommen, wie es die Gegner unserer Ansicht tun, indem sie auf den gleichen Wortlaut des Art. 4 Ziff. 6 der Wechselordnung und die Auslegung hinweisen, die diese Bestimmung allgemein in Wissenschaft und Rechtsprechung gefunden hat. Indessen liegen eben beim Wechsel ganz andere Gründe wie beim Testamente vor, aus denen das Gesetz eine Datierung verlangt. Bei jenem soll aus dem Datum hervorgehen, welche Wirkungen der Aussteller mit dem Wechsel erzielen wollte, bei diesem aber spielt das Datum eine sehr wesentliche, durchaus nicht vom Willen des Testators abhängige Rolle. Es ist der Ort wesentlich für die Form des Testamentes,[60]) auch möglicherweise für die Auslegung des letzten Willens, die Zeit für die Frage des Vorhandenseins von Willensmängeln beim Erblasser, für die Bedeutung des Testamentes im Verhältnis zu mehreren Testamenten desselben Erblassers, für das Pflichtteilsrecht und die Anfechtung wegen Uebergehung des Pflichtteilsberechtigten und gleichfalls möglicherweise für die Auslegung des letzten Willens. Alle diese Gesichtspunkte fallen beim Ausstellungsdatum eines Wechsels fort.

Es wird ferner gegen unsere Schlußfolgerungen aus dem Wortlaute des Gesetzes ins Feld geführt, diese Bedeutung könnte die Anwendung des bestimmten Artikels „des Ortes und des Tages“ kaum haben, da der Gesetzgeber dann sicherlich auch hinzugefügt hätte, welcher Ort und welcher Tag der für die richtige Datierung erhebliche sei; bei der bei Formvorschriften stets anzuwendenden strengen Auslegung dürfe man nicht das Erfordernis irgend eines bestimmten Datums hineininterpretieren. Eine solche Interpretation liegt aber unsererseits gar nicht vor. Der Gesetzgeber kann nämlich nur ein Datum im Auge gehabt haben, wenn er von dem Orte und dem Tage spricht: das der Errichtung. Wann aber wird ein Testament errichtet? Wenn das letzte Erfordernis der gültigen

59) Das Nähere vgl. besonders bei Mantey a. a. O. S. 642 ffg.
60) Vgl. E. G. B. G. B. Art. 11.

Errichtung erfüllt wird. Eigenhändige Niederschrift des letzten Willens, eigenhändige Angabe des Ortes und des Tages und eigenhändige Unterschrift des Erblassers: sind alle diese Erfordernisse erfüllt, so ist, natürlich die Testierfähigkeit des Erblassers vorausgesetzt, ein gültiges Testament vorhanden. Die drei Teile des Testamentes sind einander ganz gleichwertig, und es ist unerheblich, in welcher Reihenfolge sie entstehen. So lange aber auch nur einer von ihnen gar nicht oder nur unvollständig vorhanden ist, kann man wohl von einem Testamentsentwurfe sprechen, der dann im Augenblicke, wo dem noch fehlenden Erfordernisse genügt wird, zum Testamente wird; und das Datum dieser Testamentsentstehung, technisch Testamentserrichtung genannt, kann allein das sein, welches das Gesetz im § 2231 Ziffer 2 verlangt.[61] Ist dieses Datum also unrichtig, so fehlt es an einem Formerfordernisse, und das Testament ist gemäß § 125 B. G. B. nichtig.

Schließlich spricht für die hier vertretene Auffassung noch, daß ja die Angabe des Datums, falls man sie ganz ins Belieben des Testators stellt, kaum einen Zweck hätte. Die diesem Einwande begegnenden Ausführungen P. Meyers,[62] sie diene, auch wenn sie nicht richtig zu sein brauche, zusammen mit dem weiteren Erfordernisse der Unterschrift, dem Zwecke, die Vollendung des Testierakts außer Zweifel zu stellen, sind wenig überzeugend: dazu dürfte die Unterschrift allein doch vollkommen ausreichen.

Eine Heilung des Formmangels, wie sie das Reichsgericht in seinen neuesten Entscheidungen[63] gelten läßt, kann es nicht geben. Der Testator ist tot und vermag nicht anzugeben, ob er nicht vielleicht mit voller Ueberlegung ein falsches Datum gesetzt hat, wenngleich die Unrichtigkeit noch so sehr bloß auf einem Schreibfehler zu beruhen scheint. Wie Mantey[64] ganz mit Recht sagt, darf von einem Mangel der gesetzlichen Form nie abgesehen werden, da der Gesetzgeber offenbar immer gute Gründe gehabt hat, wenn er für ein Rechtsgeschäft bestimmte Formen aufstellt. Fängt man erst an, sich nicht mehr ganz streng an die Form zu halten, so wird man immer weiter auf diesem Wege fortschreiten und sich damit immer mehr von dem Willen des Gesetzgebers entfernen. Und so sind jene Urteile des Reichsgerichts, die wohl einer gewissen Angst vor der Härte des Formalismus ihr Dasein verdanken, zu beklagen und zeigen zugleich wieder, daß man

---

61) Es gehen infolgedessen m. E. die Ausführungen Meyers d. gem. Test. S. 23 Anm. 15 fehl, die sich darauf aufbauen, daß es zweifelhaft sei, ob jene Gesetzesworte auf das richtige Datum zu beziehen seien, und unter Anwendung des an sich richtigen Grundsatzes, daß Formvorschriften als Ausnahmevorschriften möglichst restriktiv auszulegen seien, die Richtigkeit der Datierung nicht als Formerfordernis des eigenhändigen Testamentes betrachtet wissen wollen.

62) A. a. O. S. 23 Anm. 15.

63) R. G. 64, 423; J. W. 07, 366.

64) A. a. O. S. 648.

gewöhnlich nur bei Außerachtlassen irgend eines Gesichtspunktes zu anderen Ergebnissen kommt, als worauf der klare Wortlaut des Gesetzes bei unbefangener Beurteilung hinweist.

Das, was im Vorstehenden über die Unterschrift und das Datum gesagt ist, gilt natürlich beim gemeinschaftlichen Testamente gleichmäßig für die Willenserklärung des den Text schreibenden und für die Beitrittserklärung des anderen Ehegatten. Bezüglich dieser Beitrittserklärung sind auch verschiedene Zweifel aufgetaucht.

Unstreitig ist, daß sie in ihrem Wortlaute sich nicht eng an das Gesetz zu halten braucht. Jede Erklärung, aus der das Einverständnis mit dem Texte des Testamentes deutlich hervorgeht, wird mit Recht als genügend angesehen.[65])

Trotz der unzweideutigen Forderung des Gesetzes herrscht Unstimmigkeit darüber, ob die Beitrittserklärung mit einem besonderen Datum versehen sein muß. Dafür sprechen sich mit Recht Cosack,[66]) Endemann,[67]) Wilke[68]) und Meyer[69]) aus, dagegen Förtsch[70]) und Peiser.[71])

Ob man Uebereinstimmung der Daten von Willenserklärung und Beitrittserklärung verlangen muß, hängt natürlich ganz davon ab, ob man das gemeinsame Errichten des Testamentes auch in Beziehung auf die Zeit als Wesen des gemeinschaftlichen Testamentes ansieht. So bejahen die Frage Jastrow,[72]) Eichhorn[73]) und Hölder,[74]) während sie sonst verneint wird;[75]) nach unserer oben entwickelten Ansicht müssen auch wir uns gegen das Erfordernis der Uebereinstimmung aussprechen. Unzweifelhaft aber muß natürlich im Falle der Nichtübereinstimmung die Beitrittserklärung das spätere Datum aufweisen, da ja das von dem einen Erblasser geschriebene Testament, wie wir gesehen haben, als Testament, d. h. mit dem richtigen Datum versehen, vorhanden sein muß, ehe die Beitrittserklärung des anderen Ehegatten wirksam erfolgen kann.[76])

65) Vgl. Planck, Anm. 2a zu § 2267; Dernburg, Bürg. Recht V S. 254; Meyer a. a O. S. 23 fg.; K. G. in O. L. G. Rspr. 9, 419.
66) A. a. O. II § 360 Anm. 3.
67) A. a. O. III § 27.
68) Anm. 3 zu § 2267.
69) A. a. O. S. 24.
70) Im „Recht" 1900 S. 548.
71) A. a. O. S. 333.
72) Formularbuch I S. 191 ohne Angabe von Gründen.
73) In Z. d. D. Not.-V. 01, 248.
74) In Iherings Jahrb. 41 S. 324.
75) Vgl. Endemann a. a. O. III § 27 Anm. 14; Märcker a. a. O. S. 92; Strohal a. a. O. I S. 322 Anm. 13; Mantey, im „Recht" 01, 430; Brock a. a. O. S. 91; P. Meyer a. a. O. S. 24.
76) Zu Unrecht greift Weißler in Z. d. D. Not.-V. 04, 276 fg. das diesen Grundsatz aussprechende Urteil des Kammergerichts in K. G. J. 26 und 45 als dem Rechtsgefühle widerstrebend an.

Natürlich muß der seinen Beitritt erklärende Gatte seinen Namen als Unterschrift beifügen; es genügt nicht, wenn er ihn bloß in den Text der Erklärung aufnimmt.[77])

Nachträgliche Einschaltungen in den Text des eigenhändigen gemeinschaftlichen Testamentes müssen für zulässig erklärt werden;[78]) allerdings nur unter gewissen Voraussetzungen: sie müssen natürlich, dem Wesen des gemeinschaftlichen Testamentes entsprechend, von beiden Ehegatten, falls der Text des Testamentes von beiden niedergeschrieben ist, oder von demjenigen von ihnen, der im Falle der Errichtung gemäß § 2267 B. G. B. den Text geschrieben hat, unter Hinweis des Beitretenden in seiner Erklärung[79]) geschrieben werden. Das Datum der Aenderung muß dem alten Datum von jedem der Ehegatten eigenhändig beigefügt werden.[80])

9. Kapitel.

III. Die Auslegungsregeln des § 2269.

In der Praxis am häufigsten sind die gemeinschaftlichen Testamente des Inhalts, daß die Ehegatten zunächst sich gegenseitig und für die Zeit nach dem Tode des längslebenden von ihnen einen oder mehrere Dritte zu Erben einsetzen.

Die rechtliche Stellung des überlebenden Gatten und des Dritten ist von großer Bedeutung bei der Entscheidung einer ganzen Anzahl wichtiger Fragen. Vor 1900 bildete sie den Gegenstand lebhaften Streites. Es soll daher zunächst mit einigen Worten auf die verschiedenen Ansichten, die sich darüber gebildet hatten, eingegangen werden, um zu zeigen, daß der Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches die beste Lösung der Frage bedeutet und daher durchaus zu billigen ist.

Nach der einen Ansicht, deren Vertreter die älteren Theoretiker des gemeinen und des preußischen Rechtes waren,[1]) galt der Dritte als von jedem der beiden Ehegatten auf das G e s a m t vermögen, also auch auf den Nachlaß des anderen Gatten, eingesetzt. Danach ist der vorversterbende Ehegatte der alleinige Erblasser des Dritten und der überlebende lediglich Fiduziar des Gesamtvermögens. Mit Recht wird diese Konstruktion, die den überlebenden Gatten sein eigenes Vermögen von dem vorverstorbenen, belastet mit der Nacherbschaft zu

---

77) Vgl. K. G. J. 24 A 180.

78) G. A. Strohal a. a. O. S. 330 Anm. 6; Staudinger-Herzfelder, Anm. 3 zu § 2267; Meyer a. a O. S. 27; A. A. Planck, Anm. 4 zu § 2267.

79) Vgl Strohal a. a. O.; Meyer a. a. O.

80) Vgl. die Ausführungen oben S. 28 d. A. und Meyer a. a. O.

1) Vgl. die bei Dernburg, pr. Priv.-R. III § 183 Anm. 3 und bei Löwenwald a. a. O. S. 71 Anm. 2 u. 3 u S. 72 Anm. 5 aufgeführten Schriftsteller und Entscheidungen.

gunsten des Dritten, erben läßt, als durchaus unnatürlich und gezwungen bezeichnet.[2]) Sie hat sich auch nicht lange gehalten.

Die überwiegende Meinung der neueren gemeinrechtlichen und preußischen Theorie und Praxis[3]) ging dahin, daß jeder Ehegatte nur über sein Vermögen verfügt und in erster Linie den anderen Gatten zum Erben beruft, ihm aber zugleich für den Fall seines Vorversterbens den Dritten zum Ersatzerben und für den Fall seines Ueberlebens zum Nacherben bestellt.

Diese Konstruktion bietet zwar dem Dritten bedeutende Vorteile. Er ist einmal als Nacherbe des vorverstorbenen Gatten gegen unentgeltliche und Grundstücksverfügungen des überlebenden sowie auch durch die Inventarisierungspflicht, die der überlebende als Vorerbe hat, gegen die Verschleuderung oder Beiseitebringung des ihm Zugefallenen geschützt.[4]) Ferner kann er über die ihm ja bereits durch den ersten Erbfall zugefallene Nacherbschaft verfügen. Schließlich ist er gegebenenfalls als Abkömmling des Vorverstorbenen von der Erbschaftssteuer bezüglich dessen Nachlasses befreit, da die Landesgesetze regelmäßig die leiblichen Abkömmlinge des Erblassers steuerfrei lassen.

Indessen stehen diesen Vorteilen für den Dritten erhebliche Bedenken gegen diese Konstruktion gegenüber. Einmal erbt danach der Dritte den Nachlaß der beiden Testatoren aus verschiedenen Berufungsgründen, teils als Ersatz-, teils als Nacherbe; so kann es kommen, daß er den Nachlaß des einen Gatten erwirbt, den des anderen dagegen nicht. Dies dürfte dem Willen der Erblasser, die ja gerade durch das gemeinschaftliche Testament in der erörterten Art eine Nachfolge in ihr gesamtes Vermögen beabsichtigten, kaum entsprechen. Ferner ist nicht anzunehmen, daß Ehegatten, die gemeinschaftlich testieren und sich gegenseitig zu Erben einsetzen, somit also ihr ungetrübtes eheliches Verhältnis an den Tag legen, den Dritten gegen den überlebenden von ihnen werden schützen zu müssen glauben. Man wird die Fälle, in denen dazu Veranlassung vorliegt und die Ehegatten trotzdessen die Form des gemeinschaftlichen Testamentes wählen, zu den seltensten Ausnahmen rechnen dürfen und annehmen müssen, daß die Ehegatten dann durch besondere Bestimmungen den Schutz des Dritten werden zu erreichen suchen.

Diese Konstruktion hat aber auch den weiteren Nachteil, daß sie zu einer großen Anzahl von Streitfragen wichtiger Natur Anlaß bietet.[5])

Und so bedeutete es denn ihr gegenüber einen nicht zu unterschätzenden Fortschritt, als die Praxis, und zwar das Reichsgericht,[6])

2) Vgl. Dernburg Bürg. Recht V § 94 Anm. 2; Löwenwald a. a. O. S. 69; P. Meyer a. a. O. S. 29 Anm. 5 u. S. 14 Anm. 48.
3) Vgl. die in Anm. 1 Aufgeführten.
4) §§ 2113, 2121 B. G. B.
5) Vgl. darüber des näheren bei Löwenwald a. a. O. S. 70 ffg.
6) Vgl. RG. 27, 150; 38, 217.

für die im gemeinrechtlichen Gebiete errichteten gemeinschaftlichen Testamente eine dritte Konstruktion anerkannte. Nach dieser verfügt zwar gleichfalls jeder Ehegatte nur über sein Vermögen, setzt aber für den Fall, daß er zuerst verstirbt, den überlebenden, für den Fall, daß der andere Ehegatte zuerst verstirbt, den Dritten zu seinem Erben ein.

Diese Konstruktion sichert allein die Einheit des Vermögens, worauf zweifellos der Wille der gemeinsam Testierenden hinzielt. Denn der Dritte wird damit zugleich Erbe desjenigen Vermögens, das der Ueberlebende von dem Erstverstorbenen geerbt hat, soweit es beim zweiten Erbfalle noch vorhanden ist. Daß der überlebende Ehegatte nach dieser Konstruktion den Nachlaß des vorverstorbenen, unbelastet mit einer Nacherbschaft, also zu völlig freier Verfügung unter Lebenden erhält und nur infolge der Korrespektivität der Verfügung von Todeswegen nicht darüber bestimmen darf,[7]) birgt allerdings eine große Gefahr für den Dritten in sich. Ihr kann indessen im Falle einer solchen Besorgnis durch Aufnahme geeigneter Beschränkungen für den Ueberlebenden vorgebeugt werden, wenn nicht die Ehegatten es überhaupt vorziehen, dem gemeinschaftlichen Testamente in einem solchen Falle einen anderen Inhalt zu geben.[8])

Der Auffassung des Reichsgerichts hat sich das Bürgerliche Gesetzbuch angeschlossen. Schon in den Motiven[9]) wird sie bei Behandlung des Erbvertrages als die „zunächstliegende und verwicklungsfreie" bezeichnet. Die zweite Kommission beschloß dann, für den Erbvertrag eine Auslegungsregel aufzunehmen, die jener Auffassung entsprach.[10]) Als nun das gemeinschaftliche Testament, das der erste Entwurf für unzulässig erklärt hatte, von der zweiten Kommission aufgenommen wurde, erweiterte man jene Auslegungsregel auch auf das gemeinschaftliche Testament, nachdem dies von der Kritik[11]) des ersten Entwurfs empfohlen worden war.

Verfehlt sind die Ausführungen Güthes,[12]) wonach das Bürgerliche Gesetzbuch zwar das Endergebnis der angeführten Reichsgerichtsurteile zur Grundlage des § 2269 Absatz 1 gemacht habe, ohne jedoch dessen Begründung als richtig anzuerkennen. Güthe will die Vorschrift so ausgelegt wissen, daß der Dritte zwar den beiderseitigen Nachlaß erst beim Tode des überlebenden und als dessen unmittelbarer Erbe, aber nicht lediglich auf Grund der testamentarischen Verfügung des überlebenden, sondern auf Grund der Verfügungen beider Ehegatten erhält.[13]) Er begründet diese Auffassung zwar sehr ausführlich, aber wenig klar, und übersieht vor allem, daß,

7) Darüber des näheren im nächsten Kapitel.
8) Vgl. hierzu Bollenbeck i. Z. d. D. Not.=V. 01, 390 ffg.
9) S. 338
10) Vgl. Protok. S. 7305 fg.
11) Vgl. v. Jacubetzky, Bemerkungen S. 321.
12) in Z. d. D. Not.=V. 02, 41 ffg.
13) a. a. O. S. 51.

wenn der erstverstorbene Ehegatte auch seinerseits den Dritten zum Erben seines Nachlasses — und nur zu dessen Erben kann er ihn einsetzen[14]) — für den Fall des Todes des Ueberlebenden einsetzt, der

14) Dies ist allerdings nicht unbestritten. Auch von namhafter Seite — vgl. P. Meyer, a. a. O. S. 32 ffg. und die dort S. 34 Anm. 17 Aufgeführten — wird die Theorie der sogenannten Gesamtverfügung vertreten. Danach verfügt nicht jeder Ehegatte nur über seinen Nachlaß, so daß die von dem zuerst versterbenden getroffene Einsetzung des Dritten mit dem Tode dieses Ehegatten unwirksam würde, sondern es ist vielmehr jene Verfügung von beiden Ehegatten als Gesamthändern zusammen über den beiderseitigen Nachlaß als Ganzes dergestalt getroffen, daß der gesamte Nachlaß dem Dritten zwar als Erben des Letztverstorbenen, aber nicht auf Grund einer nur von diesem, sondern einer von beiden Ehegatten getroffenen Verfügung anfällt. Die Errichtung der Verfügungen im Sinne des § 2269 fällt nach der Ansicht Meyers a. a. O. S. 33 unter den von Kuntze — in der Festgabe der Leipziger Juristenfakultät für Müller S. 29 ffg. — entwickelten Begriff des Gesamtakts als eines bei einseitigen wie bei zweiseitigen Rechtsgeschäften möglichen Zusammenhandelns mehrerer als einer Partei zur Erzielung einer einheitlichen Rechtswirkung gegenüber Dritten, weil nämlich die Ehegatten bei einer solchen Verfügung ihren Willen in dem einen Ziele vereinigten: das beiderseitige Vermögen nach dem Tode des überlebenden als eine Gesamtmasse auf den Dritten übergehen zu lassen.

Begründet wird diese Konstruktion im wesentlichen mit der historischen Entwicklung des gemeinschaftlichen Testamentes, das ja seinen Ursprung in der deutschrechtlichen Gütergemeinschaft habe und auch seine Anerkennung diesem Institute verdanke. Wie nun die gütergemeinschaftlichen Eheleute unter Lebenden als Gesamthänder über ihr Vermögen als eine Einheit verfügten, so betrachteten die Testatoren eines gemeinschaftlichen Testamentes mit Verfügungen gemäß § 2269 B. G. B., ganz gleichgiltig, in welchem Güterrechte sie lebten, für ihren Todesfall ihr Vermögen als eine Einheit, ihr Güterrecht als eine „Gütergemeinschaft von Todeswegen" (so Kiß im Arch. f. bürg. Recht Bd. 25 S. 183)

Nach dieser Konstruktion verfügt also jeder Ehegatte auch über das Vermögen des anderen, und zwar mit dessen Einwilligung.

Daran aber muß m. E. die Konstruktion scheitern. Denn als obersten Grundsatz des gesamten Testamentsrechts stellt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 2064 den des persönlichen Testierens auf, jede Stellvertretung ausschließend. Die Art, wie die Gegner die Durchbrechung dieses Grundsatzes rechtfertigen, vermag m. E. nicht zu überzeugen. Sie ziehen — vgl. P. Meyer a. a. O. S. 33 fg. — die Institute der Pupillar- und Quasipupillarsubstitution heran, die ja in der Tat das auch das römische Erbrecht beherrschende Prinzip des persönlichen Testierens durchbrochen haben, und folgern, daß wie diese Ausnahmen ihren Grund in dem eigentümlich römischen familienrechtlichen Verhältnisse der patria potestas gehabt hätten, so die nach der Gesamtaktskonstruktion für die Verfügungen des § 2269 B. G. B. zugelassene Ausnahme auf der echt deutschen Sitte beruhe, daß Ehegatten ihr Vermögen ohne Rücksicht auf die rechtliche Form ihres ehelichen Güterrechts als ein einheitliches behandelten. Dabei übersehen die Gegner aber, daß das römische Recht jene Ausnahme durch positive Norm (D 28, 6 de vulg. et pupill. substit.) zugelassen hat, während sich im Bürgerlichen Gesetzbuche Ausnahmen von der Regel des § 2064 nirgends finden.

Praktisch wichtig ist der Streit vor allem bei Beantwortung der Frage nach der Anwendbarkeit des § 2069 B. G. B. Vergleiche dazu die Ausführungen im Texte S. 43.

Dritte bezüglich seines Nachlasses gemäß § 2100 B. G. B. als Nacherbe anzusehen ist. Güthes Auffassung ist also rechtlich nicht haltbar.[15]) Er konstruiert übrigens künstlich Schwierigkeiten, wenn er meint, daß die Auffassung des Reichsgerichts im Falle des gleichzeitigen Versterbens beider Ehegatten versage.[16]) Von einer Hinfälligkeit des gemeinschaftlichen Testamentes in diesem Falle kann gar keine Rede sein. Vielmehr wird man gemäß § 2084 das Testament dann so auszulegen haben, daß jeder Ehegatte den Dritten auf seinen Nachlaß eingesetzt habe.

Die Vorschrift des § 2269 stellt eine Auslegungsregel und keine Rechtsvermutung dar.[17]) Es ist zunächst immer erst gemäß der obersten Auslegungsregel des § 133 der wirkliche Wille der Erblasser, auch gegebenenfalls mit Hilfe der andern Auslegungsregeln des Bürgerlichen Gesetzbuches, zu erforschen, und erst nachdem dies zu keinem Ergebnisse geführt hat, auf § 2269 zurückzugreifen.

An diesen geschichtlichen Rückblick soll sich nunmehr eine Betrachtung der zahlreichen praktischen Fragen anschließen, die durch die Auslegungsregeln des § 2269 mittelbar eine Entscheidung gefunden haben.

a) Das Erbrecht des Dritten entsteht erst mit dem Tode des überlebenden Ehegatten. Erlebt er diesen Erbfall nicht, so ist seine Erbeinsetzung hinfällig, falls er nicht ein Abkömmling des überlebenden Ehegatten ist und selbst Abkömmlinge hinterläßt; ist dies der Fall, so treten nach der Auslegungsregel des § 2069 B. G. B. diese Abkömmlinge als Ersatzerben an seine Stelle. Hingegen wird seine Erbeinsetzung vollkommen hinfällig, wenn er nur von dem erstverstorbenen Ehegatten abstammt; denn zu dessen Erben war er nur für den Fall eingesetzt, daß der andere Ehegatte zuerst verstirbt.[18]) Will der Erblasser diese Folge für seine Abkömmlinge vermeiden, so muß er dem ausdrücklich durch eine besondere Bestimmung des Testamentes vorbeugen, indem er etwa anordnet, daß, falls sein Abkömmling vor dem anderen überlebenden Ehegatten sterbe, dessen, des Abkömmlings, Erben beim zweiten Erbfalle an seine Stelle treten sollen.

---

15) Auch das Reichsgericht hat diese Ansicht verworfen, vgl. RG. 60, 117, wo ausdrücklich betont wird, daß der Dritte den ganzen Nachlaß nur kraft seiner durch den Ueberlebenden erfolgten Erbeinsetzung erhält.

16) a. a. O. S. 49.

17) Vgl. Goldmann a. a. O. S. 79; Hedemann, die Vermutung S. 227 ffg. und RG. 59, 84 fg.

18) G. A. Planck Anm. II 2 a zu § 2269. [In der 3. Aufl., von Unzner bearbeitet, wird allerdings im Anschlusse an das bayerische Oberste Landesgericht in RsprOLG. 9, 391 für die Regelfälle die ausdehnende Auslegung des § 2069 befürwortet, daß die in einem gemeinschaftlichen Testamente enthaltene Zuwendung an einen Abkömmling eines des Ehegatten nicht dadurch die im § 2069 bestimmte Bedeutung verliert, daß der zuwendende Ehegatte zuerst verstirbt]: Strohal § 43 Anm. 26 unter 4 — A. A. P. Meyer a. a. O. S. 34 als Folge seiner oben (Anm. 14) entwickelten Ansicht.

b) Der Dritte wird Erbe des gesamten Nachlasses des zuletztversterbenden Ehegatten. Da dieser unbeschränkter Erbe des vorverstorbenen geworden ist, so kann der Dritte natürlich keinen Ersatz für eine etwa eingetretene Verminderung des Nachlasses jenes vorverstorbenen verlangen. Andererseits gehört natürlich auch das zu dem dem Dritten zufallenden Nachlasse des zuletzt versterbenden, was dieser nach dem Tode des vorverstorbenen erworben hatte.

Strittig ist es, ob der überlebende Ehegatte die Verfügungsfreiheit über den Nachlaß des vorverstorbenen auch gegen Treu und Glauben zur Schädigung des in dem gemeinschaftlichen Testamente bedachten Dritten mißbrauchen kann. Die einen bejahen die Frage,[19]) überwiegend aber wird die Anwendbarkeit der für den Erbvertrag gegebenen Vorschriften[20]) für anwendbar erklärt.[21]) Der herrschenden Meinung hat sich auch das Reichsgericht[22]) angeschlossen. Indessen stehen dieser Meinung schwerwiegende Bedenken entgegen. Das gemeinschaftliche Testament ist eben kein Erbvertrag, und um die Vorschriften, die das Gesetz bei böswilliger Verschlechterung des Vertragsgegenstandes für den Erbvertrag gegeben hat und die eben die Folge der Vertragsnatur dieses Institutes sind, auf das gemeinschaftliche Testament auszudehnen, hätte es einer besonderen Vorschrift des Gesetzgebers bedurft.[23]) Es ist entschieden verfehlt, bei jeder Lücke, die die Bestimmungen über das gemeinschaftliche Testament lassen, die entsprechenden Vorschriften des Erbvertrags herbeizuziehen und für anwendbar zu erklären. Hätte der Gesetzgeber ihre Anwendung gewollt, so läge kein Grund vor, warum er sie nicht ausgesprochen hätte, ebenso, wie er es in mehreren anderen Fällen[24]) ja getan hat. Die Vertragsnatur des gemeinschaftlichen Testamentes muß im Gegenteile möglichst eng umgrenzt werden; verwischt man die Grenzen des widerruflichen Erbvertrages und des gemeinschaftlichen Testamentes nach Möglichkeit, so muß es wirklich zweifelhaft werden, warum der Gesetzgeber beide Institute aufgenommen und trotz ihrer so geringfügigen Unterschiede das des gemeinschaftlichen Testamentes nur Ehegatten freigegeben hat. Gerade, weil Ehegatten, die ein gemeinschaftliches Testament machen, einander vertrauen, beschränken sie einander möglichst wenig in ihrer Verfügungsfreiheit

---

19) Vgl. Wilke, Anm. 1 zu § 2269 u. Anm. 1 zu § 2287; Sengteller, d. gem. Test. S. 78 fg; S. 82.

20) § 2287 fg. B G. B.

21) Vgl. Planck Anm. VII zu § 2271; Löwenwald a. a. O. S. 81; Böhm, Erbrecht S. 216 Anm 2; Eichhorn S 205. Dernburg, deutsch. Erbrecht § 93 VI 3; P. Meyer, d. gem. Test. S. 51 fg. Anm. 41a; Zetzsche, Vertragsähnl. im kor. Test S. 57 ffg.

22) R. G. 41, 169; 58, 65.

23) G. A. Friedrichs im „Recht" 01, 258 und — für reziproke Testamnete — Staudinger-Herzfelder, Anm. 5 zu § 2269; a. A. letzterer für korrespektive Testamente.

24) Vgl. § 2271 Abs. I, II, III.

unter Lebenden. Es ist ihnen ja unbenommen, dem Ueberlebenden böswillige Verfügungen zum Nachteile des bedachten Dritten bezüglich des Nachlasses des zuerst Versterbenden zu verbieten. Freilich steht der dinglichen Wirksamkeit eines solchen Verbotes die Vorschrift des § 137 B. G. B. entgegen, daß die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht durch Rechtsgeschäft, also auch durch Testament, nicht ausgeschlossen oder beschränkt werden kann. Aber es können an die Nichtbefolgung des Verbotes erbrechtliche Nachteile geknüpft werden.[25]) Hat der Verstorbene dies nicht getan, so muß daraus gemäß der Natur letztwilliger Verfügungen gefolgert werden, daß er es nicht hat tun wollen, nicht aber, daß es trotz der Unterlassung sein Wille gewesen sei.

Löwenwald[26]) betrachtet dolose Schenkungen als Verletzung des vertragsmäßigen Gebundenseins des Ueberlebenden. Dem kann nicht beigestimmt werden: das vertragsmäßige Gebundensein geht nur dahin, daß der Ueberlebende keine letztwilligen Verfügungen über den Gesamtnachlaß treffen darf, und darf nicht zur Beurteilung von Verfügungen unter Lebenden herhalten.

c) Wenn als Dritte in einem gemeinschaftlichen Testamente „meine oder unsere Verwandten oder nächsten Verwandten" eingesetzt sind, so gelten gemäß § 2067 als bedacht diejenigen Verwandten, die zur Zeit des Erbfalls die gesetzlichen Erben sein würden. Während es bis 1900 strittig war, ob als Erbfall der Tod des erstversterbenden oder der des überlebenden Gatten anzusehen war, kann heute gemäß § 2269 B. G. B. lediglich der letztere als Erbfall in Betracht kommen.

d) Einen wichtigen Streitpunkt bildete früher auch die Frage, wie der Gesamtnachlaß zu teilen war, wenn mehrere Dritte als Erben eingesetzt waren, wenn z. B., was überaus häufig vorkommt, ein kinderloses Ehepaar die beiderseitigen Verwandten als Erben nach dem Tode des Längstlebenden beruft. Sollten da die Verwandten eines jeden Ehegatten dessen Vermögen erhalten, oder sollte das Gesamtvermögen unter die Verwandten beider Gatten verteilt werden, ohne Unterschied, was von dem Manne und was von der Frau herstammte? Das Bürgerliche Gesetzbuch entscheidet durch seine Auslegungsregel für Zweifelfälle die Frage im Sinne der zweiten Alternative. Indessen werden gerade häufig im Falle der unbeerbten Ehe die Gatten im gemeinschaftlichen Testamente ersichtlich machen, daß nach dem Tode des überlebenden der Gesamtnachlaß wieder in zwei Teile zerfallen soll, je nach der Größe der beiden Vermögen, und daß die Verwandten eines jeden Ehegatten dessen noch vorhandenes Vermögen erben sollen. Dann wird man freilich mit Planck[27]) an-

---

25) Vgl. Goldmann a. a. O. S. 80.
26) A. a. O. S. 81.
27) Anm. 2c, d zu § 2269.

nehmen müssen, daß die Vorschriften über Nacherbschaft hier zur Anwendung zu kommen haben. Dann liegt es offenbar auch im Willen jedes Ehegatten, seine Verwandten dagegen zu schützen, daß der überlebende durch Verfügung unter Lebenden über den Nachlaß des vorverstorbenen seine eigenen Verwandten auf Kosten der des anderen Teiles bereichert.

e) Ob durch die Vorschrift des § 2269 nunmehr für Zweifelsfälle auch die Frage entschieden ist, ob der pflichtteilsberechtigte Dritte durch die Geltendmachung seines Pflichtteilsrechts gegenüber dem zuerst verstorbenen Gatten seines Erbrechts aus dem gemeinschaftlichen Testamente verlustig gehe, ist strittig.

Für das preußische Recht wurde die Frage bejaht,[28]) und es lassen sich dafür auch gewichtige Gründe geltend machen.[29]) Einmal nämlich liegt ein Widerspruch darin, daß der Dritte, der durch Geltendmachen des Pflichtteilsanspruchs den letzten Willen der Erblasser als für sich nicht bindend ansieht, sich nachher zu seinem Vorteile auf denselben letzten Willen beruft; dann aber führt es auch, wenn man die Frage bejaht, zu einer ganz unberechtigten Bevorzugung des sein Pflichtteilsrecht geltend Machenden gegenüber denjenigen Miterben, die den letzten Willen des Erstverstorbenen gelten lassen, fordert also geradezu heraus, das Testament anzugreifen. Das Unbefriedigende der verneinenden Entscheidung unserer Frage wird allgemein empfunden. Trotzdessen stellt sich die herrschende Ansicht für das geltende Recht auf diesen Standpunkt.[30]) Sind die Gründe, die dafür geltend gemacht werden, überzeugend?

Zwei positive Vorschriften scheinen ja freilich dafür zu sprechen, daß der pflichtteilsberechtigte Dritte sehr wohl nach dem Tode des erstversterbenden Gatten seinen Pflichtteil verlangen kann, ohne deshalb die ihm für den Tod des Ueberlebenden gemachte Zuwendung auszuschlagen. Einmal nämlich fordert der § 2306 Abs. 1 B. G. B. die Ausschlagung des Erbteils durch den den Pflichtteil fordernden Pflichtteilsberechtigten nur dann, wenn er als Erbe berufen ist, d. h. natürlich als Erbe dessen, gegen dessen Nachlaß er den Erbteil geltend macht. Da der Dritte nach der Auslegungsregel des § 2269 aber lediglich als Erbe des zuletzt versterbenden Ehegatten anzusehen sei, meinen jene Schriftsteller, könne er natürlich seinen Pflichtteilsanspruch gegen den Erstverstorbenen ohne Ausschlagung der Erbschaft aus dem gemeinschaftlichen Testamente geltend machen. Die andere Vorschrift, auf die jene Ansicht sich stützt, ist der § 1946 B. G. B.,

---

28) Vgl. Eccius, Preuß. Priv.-Recht IV § 257 Anm. 46; Rehbein, Obertribunalsentscheidungen IV, 313.

29) Vgl. Planck Anm. 2c, e zu § 2269.

30) Vgl. Planck a. a. O.; Märcker a. a. O. S. 187 fg; Wilke Anm. 4 zu § 2269; Dernburg, Bürg.-Recht V S. 265 Anm. 7. Friedrichs im „Recht“ 01, 258; Neumann, Jahrb. d. deutsch. R. Bd. 2 I zu § 2269; Staudinger-Herzfelder Anm. 3 zu § 2269.

wonach der Erbe die Erbschaft erst ausschlagen kann, nachdem der Erbfall eingetreten ist. Der Erbfall aber, der den Dritten erben lasse, so schließen die Gegner, sei ja im Zweifel erst der Tod des überlebenden Ehegatten; vor dessen Tode könne der Dritte also die Erbschaft garnicht ausschlagen. Aus diesem Grunde ihm aber die Möglichkeit der Geltendmachung seines ihm zustehenden Pflichtteilsrechtes zu entziehen, biete sich nirgends im Gesetze eine Handhabe.

Der Fehler dieser formalistischen Beweisführung liegt nun darin, daß der § 2269 eine Auslegungsregel enthält, die nur im Zweifel den Willen der Erblasser in einer ganz bestimmten Richtung deuten will. Es ist selbstverständlich, daß das Ergebnis dieser Deutung nicht im ganz offenbaren Widerspruche zu einem vernunftgemäßen Willen der Erblasser stehen darf. Dies aber täte es, wollte man auf Grund der Auslegungsregel dem dem Erstverstorbenen gegenüber pflichtteilsberechtigten Dritten die Geltendmachung seines Rechtes gestatten. Zweifelhaft könnte dies höchstens für den Fall sein, daß der Dritte zum alleinigen Erben des Gesamtnachlasses eingesetzt ist, und für den Fall, daß sein Erbteil aus dem gemeinschaftlichen Testamente nicht größer ist, als die Hälfte seines gesetzlichen Erbteils. In allen anderen Fällen aber hieße es ja, wie bereits erwähnt, eine Prämie auf die Nichtbeachtung ihres letzten Willens setzen, ginge der Wille der Erblasser tatsächlich in der Richtung der Auslegungsregel des § 2269 Abs. 1. Man wird also einen so vernunftswidrigen Willen der Erblasser nicht vermuten dürfen und ihn nur dann annehmen können, wenn besondere Gründe, die gegebenenfalls der Dritte nachweisen müßte, vorliegen. Wir sehen also, so wie das Gesetz es im § 2269 tut, darf für den vorliegenden Fall der Wille der Erblasser grundsätzlich nicht ausgelegt werden. Welche Auslegung aber dürfte ihrem mutmaßlichen Willen am meisten entsprechen? Sie wollten beide dem Dritten aus ihrem Nachlasse etwas zuwenden. Das, was ihm der Vorverstorbene aus seinem Vermögen hat zuwenden wollen, verschmäht der Dritte, indem er den Pflichtteil verlangt; damit ist er aus dem Nachlasse des Erstverstorbenen befriedigt und kann nur noch das verlangen, was ihm der Ueberlebende aus seinem Nachlasse zugedacht hat. Zu diesem Ergebnisse, das man unbedenklich als dem Willen der Erblasser entsprechend ansehen darf, gelangt man, wenn man juristisch ihren Willen dahin auslegt, daß der von ihnen eingesetzte Dritte, der seinen Pflichtteil verlangt, von dem Erstverstorbenen als Nacherbe eingesetzt und von dem Ueberlebenden lediglich mit dem Anteile an dessen eigenem Vermögen bedacht sein soll. Die Folge hiervon ist, daß der Dritte seinen Pflichtteilsanspruch nur geltend machen kann, wenn er den Erbteil aus dem gemeinschaftlichen Testamente gemäß § 2306 ausschlägt.[31]) Man kommt also, wenn man sich von jener forma-

31) Vgl. Kößler in D. J. Z. 06, 1181 ffg.

listischen Beweisführung losmacht und lediglich dem Sinne des Gesetzes und den Erfahrungen des täglichen Lebens folgt, zu einem durchaus befriedigenden Ergebnisse.

Eine andere Ansicht, der nicht beigetreten werden kann, will den Willen der Erblasser für den vorliegenden Fall im Zweifel so ausgelegt haben, daß jeder seine Verfügung nur gewollt hat, wenn auch die Verfügung des anderen unangefochten bleibt.[32]) Die praktischen Folgen dieser Konstruktion dürften bei weitem nicht so befriedigen, wie die der von uns vertretenen Ansicht.

In seinem zweiten Absatze gibt der § 2269 eine Auslegungsregel für den Fall, daß in einem gemeinschaftlichen Testamente mit gegenseitiger Erbeinsetzung einem Dritten ein Vermächtnis ausgesetzt ist, das nach dem Tode des überlebenden Ehegatten erfüllt werden soll. Zwei Punkte können da zu Streitfragen Veranlassung geben: welcher Gatte als der zuwendende anzusehen ist und wann das Vermächtnis dem Bedachten anfällt.

Die herrschende Meinung nahm für das preußische Recht an, daß jeder Ehegatte als der — und zwar das g a n z e Vermächtnis — aussetzende anzusehen sei und daß daher das Vermächtnis dem Bedachten schon mit dem Tode des Erstversterbenden anfalle, aber erst mit dem Tode des Ueberlebenden fällig werde.[33]) Die Folge dieser Auffassung war, daß der Bedachte alsbald nach dem ersten Erbfalle über das Vermächtnis verfügen konnte und es sich auf seine Erben vererbte, falls er nur den Tod des vorverstorbenen Ehegatten erlebt hatte.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat sich folgerichtig auf den anderen von der Praxis für das gemeine Recht überwiegend angenommenen Standpunkt gestellt: im Zweifel sei anzunehmen, daß das Vermächtnis dem Bedachten erst mit dem Tode des Ueberlebenden anfallen solle. Man wird mit Planck[34]) gegen Wilke[35]) und Märcker[36]) dieser Bestimmung die entsprechende Auffassung zu grunde legen dürfen, wie in der Bestimmung des Abs. 1 zutage getreten ist, daß nämlich anzunehmen ist, jeder Ehegatte habe die Verfügung zu Gunsten des Dritten nur für den Fall getroffen, daß er selbst der überlebende sein werde.[37]) Natürlich ist damit die Anordnung des Erstversterbenden mit seinem Tode erledigt, ohne daß es darauf ankommt, ob der Gegenstand des Vermächtnisses aus seinem oder des Ueberlebenden

---

32) Vgl. Goldmann a. a. O. S. 76 fg.

33) Vgl. Planck, Anm. 3 zu § 2269; Dernburg, Pr. Priv.-Recht III § 183 Anm. 8; Eccius, Pr. Priv.-Recht IV § 257 Anm. 38; R. G. 11, 258; Löwenwald a. a. O. S. 82 fg.

34) A. a. O.

35) A. a. O. Anm. 2.

36) A. a. O. S. 187.

37) G. A. Planck, Anm. 3 zu § 2269; Strohal, § 43 Anm. 27. — A. A. P. Meyer a. a. O. S. 35, der auch für den Fall des § 2269 Abs. II an der Theorie der letztwilligen Gesamtverfügung festhält.

Vermögen stammt, und entsteht der Vermächtnisanspruch des Bedachten erst mit dem Tode des Ueberlebenden, und zwar auf Grund von dessen Verfügung. Vorher besteht kein Recht des Bedachten, so daß er seinen Anspruch weder abtreten noch vererben kann. Natürlich treten auch in diesem Falle, falls der Bedachte ein Abkömmling des letztverstorbenen Ehegatten ist und selbst Abkömmlinge hinterlassen hat, diese im Falle seines dem Vermächtnisanfalle voraufgehenden Todes an seine Stelle.

Nicht zu billigen ist die Anschauung Wilkes,[38]) daß etwa der Dritte als unter der aufschiebenden Bedingung des Todes des überlebenden Ehegatten bedacht anzusehen ist. Daß der Bedachte diesen Todesfall erlebt haben muß, ergibt sich ohne jede umständliche Konstruktion eines bedingten Vermächtnisses aus der Vorschrift des § 2160 B. G. B., wonach das Vermächtnis unwirksam ist, wenn der Bedachte zur Zeit des Erbfalles nicht mehr lebt.

Natürlich ist auch in einem Falle, der durch Absatz 2 geregelt wird, möglich, daß die Erblasser einen von der gesetzlichen Auslegungsregel abweichenden Willen ausdrücklich oder implicite bekunden, wonach der Anfall des Vermächtnisses schon mit dem Tode des zuerst Versterbenden eintreten und nur die Fälligkeit bis zum Tode des Ueberlebenden aufgeschoben sein soll.[39])

Auch hier kann die Frage praktisch werden, ob der mit einem Vermächtnisse bedachte pflichtteilsberechtigte Dritte von seinem Rechte nach dem Tode des Erstverstorbenen Gebrauch machen und trotzdessen das Vermächtnis nach dem Tode des Ueberlebenden geltend machen kann. Man wird nach der oben entwickelten Ansicht auch hier die Anwendbarkeit der Auslegungsvorschrift des § 2269 Abs. 2 für unzulässig erklären, da sie mit dem mutmaßlichen vernünftigen Willen der Erblasser offenbar in Widerspruch stände: würden doch sonst die Erben des beiderseitigen Nachlasses ganz unberechtigterweise benachteiligt werden. Man wird daher den Willen der Erblasser für diesen Fall dahin auszulegen haben, daß der Vermächtnisnehmer lediglich als von dem Erstverstorbenen bedacht gelten solle. Die Folge hiervon ist, daß er, um seinen Pflichtteilsanspruch wirksam geltend machen zu können, gemäß § 2307 Abs. 1 Satz 1 das Vermächtnis ausschlagen muß, wodurch er seiner ganz verlustig geht.[40]) Schlägt er nicht aus, so kann er gemäß § 2307 Abs. 1 Satz 2 den Pflichtteil insoweit nicht verlangen, als der Wert des Vermächtnisses reicht; es bleibt bei Berechnung des Vermächtniswertes natürlich außer Betracht, daß die Zuwendung erst späterhin zu erfüllen ist.

---

38) A. a. O. Anm. 2.

39) Vgl. das Beispiel bei Planck a. a. O., daß ein bestimmter dem erstversterbenden Ehegatten gehörender Gegenstand, z. B. ein Landgut, vermacht ist, der nach dem Willen der Erblasser in jener Familie verbleiben soll.

40) Vgl. Kößler a. a. O.

Schließlich sei noch darauf hingewiesen, daß die Auffassung des Gesetzgebers, die in den Auslegungsregeln des § 2269 zum Ausdrucke kommt, beim Fehlen besonderer Vorschriften in den einschlägigen Gesetzen auch für die Berechnung der Erbschaftssteuer von Bedeutung ist, insofern deren Höhe je nach den persönlichen Verhältnissen des Bedachten zu dem Erblasser verschieden ist.[41])

Welche Rolle Verfügungen gemäß § 2269 bei der Eröffnung gemeinschaftlicher Testamente spielen, soll weiter unten — Kap. 17 — im Zusammenhange erörtert werden.

IV. Die korrespektiven Verfügungen.

10. Kapitel.

1. Das Wesen der Korrespektivität.

Regelmäßig werden die Ehegatten im gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen treffen, nachdem sie sich vorher über ihren beiderseitigen Willen klar geworden sind, und es wird daher anzunehmen sein, daß sie auf Grund ihres gegenseitigen Einverständnisses ihre Verfügungen — wenn nicht alle, so doch jedenfalls die Mehrzahl oder wenigstens die eine oder die andere — getroffen haben. Solche Verfügungen, von denen anzunehmen ist, daß der eine Ehegatte sie getroffen hat, w e i l der andere eine entsprechende getroffen hat, pflegt man korrespektiv zu nennen.

Die Literatur und Praxis des gemeinen Rechtes verlangte durchweg von korrespektiven Verfügungen, daß sie ein „Sich-bedenken" enthielten.[1])

Für das preußische Recht war die Frage strittig, ob nur Erbeinsetzungsverfügungen korrespektiv sein konnten, oder auch andere Verfügungen, durch die die Gatten einander bedachten. Literatur und Praxis haben sich überwiegend auf den Standpunkt der zweiten Alternative gestellt.[2])

Diesen Streitfragen hat das Bürgerliche Gesetzbuch ein Ende gemacht, indem es im § 2270 Abs. 1 das Wesen der korrespektiven Verfügungen mit den Worten bezeichnet:

> Haben die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testamente Verfügungen getroffen, von denen anzunehmen ist, daß die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde, . . .

41) Vgl R. G. 38, 214; Märcker a. a. O. S. 191; ferner das preuß. Erbschaftssteuerges. v. 19.24. Mai 1891 und dazu Gumbinner in D. J. Z. 00, 182.

1) Vgl. Löwenwald a. a. O. S. 20.

2) Vgl. Löwenwald a. a. O. S. 21 und die dort in Anm. 6 und 7 Aufgeführten.

Den Zusammenhang zwischen solchen korrespektiven Verfügungen, von denen jede mit Rücksicht auf die andere getroffen ist und nach dem offensichtlichen Willen der Erblasser mit der anderen stehen und fallen soll, glaubte die zweite Kommission mit dem wissenschaftlich richtigsten Ausdruck als den „Zusammenhang des Motivs“ bezeichnen zu können.[3])

Sie wollte damit keine bestimmte juristische Konstruktion im Gesetze festlegen, verwarf jedoch die beiden für das bisherige Recht ausgesprochenen Ansichten, nach deren einer die Wirkung der Korrespektivität der Verfügungen aus einer wechselseitigen Bedingtheit der Verfügungen, nach deren anderer aus einer analogen Anwendung über gegenseitge Verträge abzuleiten ist. Die Kommission hat somit der wissenschaftlichen Konstruktion freie Hand gelassen, es indessen nicht zu verhindern vermocht, daß auch von namhafter Seite die alten von ihr verworfenen Konstruktionen auch für das Bürgerliche Gesetzbuch als anwendbar beibehalten wurden. So spricht Endemann[4]) von einer „synallagmatischen Verbindung der korrespektiven Verfügungen“, während Dernburg[5]) aus der Art und Weise, wie das Gesetz die korrespektiven Verfügungen behandelt, die Konstruktion des „Zusammenhanges des Motivs“ verwirft. Nach dieser Konstruktion, meint Dernburg, könnte höchstens eine Anfechtbarkeit der Gegenzuwendung die Folge der Nichtigkeit der korrespektiven Verfügung sein, nicht aber die Unwirksamkeit, wie es nach § 2270 B. G. B. der Fall ist. Er hält die Geltung der Anordnung des einen Teils im Sinne des Gesetzes für eine Existenzbedingung für die Wirksamkeit der Anordnung des anderen und folgert daraus, daß nach den Bestimmungen des Gesetzes hier eine gegenseitige Bedingtheit der korrespektiven Verfügungen vorliege, eine Grundauffassung, gegen die auch die abweichend von den allgemeinen Bestimmungen über Bedingungen erfolgte Ordnung einiger Folgen nicht entscheidend sprechen könne.[6])

Am meisten dürfte Löwenwalds Konstruktion für sich haben, die im Ergebnisse der Dernburg'schen ähnlich ist. Löwenwald[7]) geht von der zweifellos richtigen und wohl auch allgemein geteilten[8]) Ansicht aus, daß die letzte Grundlage aller korrespektiven Testamente die Willensübereinstimmung der Testatoren sei und daß die einzige Form, in der die Uebereinstimmung mit der Folge, daß die korrespektiven Verfügungen miteinander stehen und fallen, zutage treten könne, die

3) Vgl. Protok. S. 7380 fg.

4) A. a. O. III § 45 Anm. 10.

5) A. a. O. V § 92 II.

6) Für die Konstruktion der Bedingung vgl. auch Strohal, Erbr. I S. 327 fg.; Goldmann a. a. O. S. 69; Brütt, im Archiv für Bürg. Recht 29, 385 ffg.

7) A. a. O. S. 55.

8) Vgl. Zetzsche a. a. O. S. 31.

der Bedingung sei.[9]) Er verwirft sowohl die Konstruktion der „Voraussetzung“,[10]) da sie nie das ipso iure eintretende Zusammenfallen der Verfügungen erklären könne, als auch die Sozietätskonstruktion,[11]) wonach der einseitige Widerruf gleich dem der Sozietät als Bruch und Auflösung der Gemeinschaft in allen ihren Folgen betrachtet werden und deshalb der Widerruf der einen Verfügung den Zusammenfall der korrespektiven herbeiführen muß. Dieser Konstruktion wirft Löwenwald mit Recht ein zu starkes Betonen des Vertragselementes vor, das nur insoweit von Einfluß auf den Bestand der korrespektiven Verfügungen sein kann, als es die gegenseitige suspensive Bedingtheit derselben durcheinander ermöglicht.

Der Unterschied, den Meyer[12]) zwischen den korrespektiven und den gegenseitig bedingten Verfügungen darin erblicken zu müssen glaubt, „daß bei den letzteren die gegenseitige Abhängigkeit kraft ausdrücklicher oder stillschweigender Erklärung zum Inhalte der beiderseitigen Verfügungen gehöre, bei den ersteren aber nur im Beweggrunde vorhanden, also überhaupt nicht, nicht einmal stillschweigend, erklärt sei“, dürfte, wenn er überhaupt vorhanden ist, für die Praxis eine Bedeutung kaum haben.[13])

In den Beratungen des Gesetzes wurde vielfach der Ausdruck „gemeinschaftliche Verfügung“ für solche Verfügungen verwandt, die zu Gunsten eines Dritten für die Zeit nach dem Tode des überlebenden Ehegatten getroffen werden. Man hat indessen auch diesen Ausdruck im Gesetzestexte selbst vermieden, mit der ausgesprochenen Begründung, er könne zu Mißverständnissen führen und auf eine bestimmte juristische Konstruktion des Rechtsverhältnisses hindeuten, welche man nicht im Gesetze festlegen, sondern der Wissenschaft überlassen wolle.[14]) [15]) Im übrigen spielt für die Praxis die Frage

---

9) So auch Eck-Leonhard, Vortr. Bd. 3 S. 174; Zetzsche a. a. O. S. 32 fg., dessen Untersuchung, ob man es mit einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung zu tun hat, mit der Entscheidung in letzterem Sinne Beachtung und Zustimmung verdient.

10) Ihr Vertreter für das gemeine Recht ist Windscheid, Pandekt. § 568 S. 113. Gegen sie wendet sich auch besonders Eck-Leonhard a. a. O. S. 175.

11) Ihr Vertreter für das gemeine Recht ist Brinz, Pandekt. § 370 S. 66.

12) A. a. O. S. 41 fg. Anm. 3.

13) Vgl. hierzu auch P. Meyer a. a. O. S. 54 Anm. 49 und die Kritik der dort vertretenen Ansicht in Anm. 27 zu Kap. 14 d. A.

14) Vgl. Protok. S. 7394. Vgl. Kap. 9 d. A., insbesondere auch Anm. 14 dazu.

15) Kiß hat (im Arch. f. bürg. Recht Bd. 25 S. 175 ffg.) es versucht, dem Wesen der Korrespektivität mit der Theorie des Gesamtakts beizukommen. M. E. ist ihm dies nicht geglückt; auch er verkennt, daß seine Konstruktion mit dem Erfordernisse des persönlichen Testierens im Widerspruche steht, ohne indessen überzeugende Gründe für die Möglichkeit des Außerachtlassens jenes Grundsatzes vorbringen zu können. — Mit Recht betont demgegenüber Zetzsche a. a. O. S. 36, daß das korrespektive Testament lediglich die Summe zweier Einzeltestamente darstelle, ohne ein rechtliches Sonderdasein zu führen.

der Korrespektivitätskonstruktion eine sehr bescheidene Rolle, da durch den klaren Wortlaut des § 2270 Abs. 1 über das Vorliegen und die Wirkung der Korrespektivität Bedenken kaum entstehen werden, zumal im Hinblick auf die im Absatz 2 aufgestellte Rechtsvermutung.[16])

Für die Stempelsteuerfragen ist der zweifellos richtige Standpunkt des Reichsgerichts[17]) wichtig, „daß bei dem korrespektiven Testamente in den beiden letztwilligen Verfügungen zwei einseitige selbständige rechtsgeschäftliche Willensakte der zwei Erblasser vorliegen, die durch nichts anderes als lediglich durch den eigenen, vom Gesetzgeber als wirksam anerkannten Willen der beiden Erblasser in ihrer Wirksamkeit dergestalt voneinander abhängig gemacht worden sind, daß die eine Verfügung mit der anderen steht und fällt; und daß weder durch diese gewillkürte Abhängigkeit noch durch die Gemeinschaft des Testierzweckes noch durch die Gemeinschaft des Errichtungsaktes die zwei Rechtsgeschäfte zu einem werden können."

„Eine einseitige Korrespektivität dergestalt, daß nur die Verfügung des einen Ehegatten zu derjenigen des anderen in dem fraglichen Abhängigkeitsverhältnisse steht, nicht aber umgekehrt", halten Cosack[18]) sowie Planck[19]) und Herzfelder[20]) unter Berufung auf ihn für möglich. Dieser Ansicht kann indessen nicht beigestimmt werden. Sprachlich und begrifflich ist eine einseitige Korrespektivität ein Unding. Wohl ist ein Verhältnis der Verfügungen in der von Cosack erörterten Art möglich, nur hat es mit dem, was man unter Korrespektivität versteht, nichts zu schaffen.[21]) Die Wirkung des Widerrufs einer solchen Verfügung kann nie die des § 2270 Abs. 1 sein, sondern lediglich die Anfechtbarkeit gemäß § 2078 begründen.[22]) Weder der Wortlaut des § 2270, der lediglich von Verfügungen spricht, welche die, also beide Ehegatten getroffen haben, immer also das Vorliegen einer Mehrzahl von Verfügungen der fraglichen Art verlangt, gibt eine Handhabe für die Anwendbarkeit seiner Vorschrift auf die sogenannten einseitigen korrespektiven Verfügungen, noch läßt sich etwa, wie Oswalt[23]) treffend darlegt, auf dem Wege der Analogie seine Anwendbarkeit begründen.

16) Vgl. Planck, Anm. 2 zu § 2270; Goldmann a. a. O. S. 84.
17) Vgl. R. G. 50, 310.
18) A. a. O. II § 360 IV 3b.
19) A. a. O.
20) A. a. O. Anm. I zu 2270/71.
21) G. A. ist offenbar Löwenwald a. a. O. S. 19, der die Eigentümlichkeit der Korrespektivität darin erblickt, daß die beiderseitigen Verfügungen in einem gewissen Zusammenhange ständen, der darauf beruhe, daß jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen sei. Vgl. ferner Strohal a. a. O. S. 326 Anm. 28 und S. 331 Anm. 9. Meyer a. a. O. S. 41 Anm. 2; Mattes, D. gem. Test. S. 29 fg.; Zetzsche a. a. O. S. 28 Anm. 24.
22) Vgl. P. Meyer a. a. O.
23) In D. J. Z. 04, 736 fg.

Ob und inwieweit Korrespektivität zweier Verfügungen vorliegt, ist durch Auslegung festzustellen. Um diese Feststellung, die in den meisten Fällen überaus schwierig sein dürfte, zu erleichtern, hat das Gesetz im § 2270 Abs. 2 im Anschlusse an die gemeinrechtliche Praxis, das Allgemeine Landrecht[24]) und das Sächsische Bürgerliche Gesetzbuch von 1861[25]) eine Auslegungsregel[26]) aufgestellt. Danach soll Korrespektivität bei solchen Verfügungen angenommen werden, die unbedenklich auf den entsprechenden Willen der Testatoren schließen lassen, nämlich einmal bei solchen, durch die sich die Ehegatten gegenseitig bedenken, und ferner dann, wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten einer Person getroffen ist, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

Den ersten Passus hält Löwenwald[27]) für verfehlt. Er will dem gemeinschaftlichen Testieren keine solche Wichtigkeit beigemessen wissen, da auch bei zwei getrennten Testamenten gegenseitige Erbeinsetzungen vorkommen könnten und man in einem solchen Falle nicht daran denke, einen Wegfall des einen Testamentes anzunehmen, wenn das andere fällt. Gegen die Korrespektivität von Verfügungen des angegebenen Inhalts spreche auch das nahe ethische Verhältnis der Ehegatten, das eine Gesinnung, wie sie der Wille der Korrespektivität zeige, regelmäßig ausschließe. In beiden Punkten kann Löwenwald nicht beigestimmt werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat, wie er selbst billigend bemerkt,[28]) „der deutschen Auffassung von dem Wesen der Ehe, wo der Wille der Eheleute nur als ein Wille erscheinen soll“, folgend, das Institut des gemeinschaftlichen Testamentes aufgenommen. Es ist daher ein Widerspruch, wenn Löwenwald[29]) von dem „tatsächlichen Umstande der äußeren Vereinigung der Testamente in einem Akte“ spricht, dem kein so entscheidendes Gewicht beizumessen sei. Was aber die ethische Seite betrifft, so dürfte es zum mindesten wohl ebensowenig ethisch sein, wenn ein Ehegatte hinter dem Rücken des anderen seine diesen bedenkende Verfügung widerruft, wie wenn der andere sagt: „Entziehst du mir die Aussicht auf deinen Nachlaß und — darf man wohl hinzusetzen — zeigst dadurch, daß deine Liebe zu mir nicht eben überwältigend ist, so sollst du auch keine Aussicht auf den meinigen haben.“

---

24) II 1 §§ 486, 493.

25) § 2201.

26) Daß der § 2270 Abs. 1 Satz 1 eine Auslegungsregel und nicht, wie die Denkschrift S 278 irrtümlich sagt, eine Rechtsvermutung enthält, betonen mit Recht Löwenwald a. a. O. S. 31 fg. und Matthiaß, Bürg. R. II S. 425, ersterer mit eingehender Begründung und Würdigung der Folgen dieser Ansicht. — A. A. Cosack a. a. O. II S. 698.

27) A. a. O. S. 32, 24 fg.

28) A. a. O. S. 11.

29) A. a. O. S. 25.

Der erste der beiden von der Auslegungsregel betroffenen Fälle gibt zu irgend welchen Zweifeln keinen Anlaß; anders der zweite. Und zwar liegt dies an einer Unstimmigkeit zwischen den Absichten der Redaktoren, wie sie in den Protokollen der zweiten Kommission und wie sie in der Denkschrift zum Ausdrucke kommen. In den Protokollen[30]) werden die Verfügungen des zweiten Falles mit dem Ausdrucke „gemeinschaftliche Anordnungen über den Nachlaß des überlebenden Ehegatten" bezeichnet und wird gleichzeitig die Bezeichnung „gemeinschaftliche Verfügungen" in weiterem Sinne dahin erläutert, „daß es nicht auf die Sprechweise des Testamentes oder auf die juristische Struktur der einzelnen Verfügung, sondern nur darauf ankomme, ob sie auf der dem formellen Testierakte doch notwendig vorausgegangenen Willenseinigung der Erblasser beruhe, also der Sache nach eine gemeinschaftliche Verfügung sei." Um den Begriff der gemeinschaftlichen Verfügung über den Nachlaß des überlebenden Teiles unzweideutig festzulegen, wurde in der zweiten Kommission noch die Aufnahme folgenden Absatzes beantragt:[31])

> Verfügungen über den Nachlaß des überlebenden Teiles gelten insoweit nicht als gemeinschaftlich, als die Bedachten nur zum überlebenden Teile in einem näheren Verhältnisse stehen.

Man nahm zwar, da man den Ausdruck „gemeinschaftliche Verfügungen" im Gesetze ganz vermeiden wollte, auch diesen Absatz nicht auf; indessen läßt sich der Sinn, den die zweite Kommission mit dem im Gesetze endgültig festgelegten Wortlaute verband, deutlich daraus erkennen.

Da ist es denn höchst befremdlich, wie die Denkschrift[32]) die Aufnahme der Auslegungsregel damit begründet, daß „nicht selten dem einen Ehegatten vom anderen eine Zuwendung in der Weise gemacht wird, daß der l e t z t e r e gleichzeitig für den Fall des Ueberlebens des Bedachten eine Verfügung zu Gunsten eines Dritten trifft, der mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm nahe steht, und daß in diesem Falle regelmäßig die Verfügung des einen Ehegatten nur mit Rücksicht auf die Verfügung des anderen getroffen ist." Es ist unverständlich, wie man zu einer solchen Auffassung kommen konnte. Wäre sie richtig, so lägen ja überhaupt keine korrespektiven Verfügungen vor; denn es ständen sich nicht, was die erste Voraussetzung der Korrespektivität ist, Anordnungen beider Erblasser gegenüber, vielmehr hätte der zuerst Verstorbene zu Gunsten des anderen Teiles und zugleich für dessen Tod zu Gunsten von d e s s e n Verwandten verfügt, während doch korrespektiv folgerichtig nur gerade die von dem Ueberlebenden zum Ausgleiche für die zu seinen Gunsten erfolgenden Verfügungen des Vorversterbenden zu Gunsten von

30) S. 7385.
31) Protokolle S. 7393 fg.
32) S. 281.

dessen Verwandten usw. getroffenen Anordnungen sein können. Es ergibt also die logische Interpretation des Gesetzestextes, daß im Zweifel korrespektiv sind die dem einen Ehegatten gemachten Zuwendungen und die von diesem für den Fall seines Ueberlebens einem dem anderen Teile nahestehenden Dritten gemachten. Diesem Ergebnisse der logischen Interpretation steht die grammatische nicht entgegen. Denn nach ihrer Stellung sind die Worte „von dem anderen" lediglich auf das Prädikat des ersten Teiles des mit „oder" beginnenden Bedingungssatzes, „eine Zuwendung gemacht", zu beziehen und dürfen keineswegs für den zweiten Teil ergänzt werden.[33]) Für unsere Ansicht spricht schließlich auch die Vorschrift des Allgemeinen Landrechts,[34]) nach der Korrespektivität „bei solchen Verordnungen des überlebenden Ehegatten vermutet wird, welche zum Besten der gemeinschaftlichen Kinder, oder der Verwandten oder besonderen Freunde des Erstverstorbenen abzielen." Denn die Denkschrift[35]) betont ausdrücklich, daß das Gesetz die Auslegungsregel des jetzigen § 2270 Abs. 2 nach dem Vorgange der gemeinrechtlichen Praxis und des Allgemeinen Landrechts aufstelle.

Planck[36]) findet es noch nötig zu betonen, daß die Auslegungsregel in dem Falle nicht anzuwenden ist, daß seitens der beiden Ehegatten nur Verfügungen zu Gunsten Dritter getroffen werden. Das ist nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes ebenso selbstverständlich wie Plancks weitere Bemerkung, es sei aber auch hier möglich, daß die beiderseitigen Verfügungen korrespektiver Natur seien.[37])

2. Die Wirkungen der Korrespektivität.

11. Kapitel.

a) Allgemeines.

Als Wirkung der Korrespektivität bestimmt das Bürgerliche Gesetzbuch im § 2270 Abs. 1, daß die Nichtigkeit oder der Widerruf einer mit einer anderen im korrespektiven Verhältnisse stehenden Verfügung die Unwirksamkeit dieser anderen zur Folge haben soll. Also nur Nichtigkeit und Widerruf haben diese Folge, nicht etwa jede Wirkungslosigkeit einer korrespektiven Verfügung. Eine solche Wirkungslosigkeit kann auch auf Gründen tatsächlicher Natur beruhen, z. B. darauf, daß der bedachte Dritte vor dem überlebenden Gatten

---

33. Vgl. Planck, Anm. 4b zu § 2270; Goldmann a. a. O. S. 86 fg.; P. Meyer, d. gem. Test. S. 42 Anm. 6.
34) II 1 § 493.
35) A. a. O.
36) A. a. O.
37) Vgl. Strohal a. a. O. I S. 327 Anm. 30.

verstirbt oder daß er die Erbschaft ausschlägt. In einem solchen Falle bleibt die korrespektive Verfügung des anderen Erblassers, wenn kein gegenteiliger Wille sich im Testament ausgesprochen findet, mangels einer gesetzlichen Bestimmung bestehen.[1])

Die durch die Nichtigkeit oder den Widerruf hervorgerufene Unwirksamkeit einer Verfügung des einen Teiles ergreift unmittelbar auf Grund des § 2270 nur die mit ihr im korrespektiven Verhältnisse stehende Verfügung des anderen. Mittelbar allerdings kann auch das gesamte Testament unwirksam werden.[2]) Widerruft nämlich der eine Ehegatte seine sämtlichen in dem gemeinschaftlichen Testamente getroffenen Verfügungen, oder sind sie sämtlich nichtig, so ist natürlich zunächst zu prüfen, welche Verfügungen des anderen korrespektiv und welche unabhängig sind.[3]) Darnach aber muß geprüft werden, in welchem Zusammenhange die unabhängigen Verfügungen des nicht widerrufenden oder nicht von der Nichtigkeit betroffenen Ehegatten mit seinen korrespektiven stehen, insbesondere, ob anzunehmen ist, daß er sie ohne diese nicht getroffen hätte. Ist dies anzunehmen, so sind auch die unabhängigen, möglicherweise also das ganze Testament unwirksam.[4])

Nicht ausgedehnt werden dürfen die Vorschriften des § 2270 auf solche Verfügungen zweier in getrennten Urkunden testierender Erblasser, die in dem Sinne getroffen sind, daß die Verfügung des einen nicht ohne die des anderen gelten soll.[5]) Weder hat die Nichtigkeit oder der Widerruf der einen kraft Gesetzes die Unwirksamkeit der anderen Verfügung zur Folge, noch besteht irgend eine gesetzliche Vermutung für ihre gegenseitige Bedingtheit. Ist diese in den Testamenten ausdrücklich ausgesprochen, so kommen natürlich die Vorschriften über bedingte Erbeinsetzung oder bedingte Vermächtnisse zur Anwendung. Geht indessen aus den Testamenten hervor, daß die Erblasser gegenseitig ihre Verfügungen getroffen haben in Hinsicht auf die Gegenseitigkeit, so greift die Vorschrift über die Anfechtung letztwilliger Verfügungen wegen Irrtums im Beweggrunde[6]) Platz, falls eine solche Verfügung aus irgend einem Grunde unwirksam — nicht nur, wenn sie nichtig oder widerrufen — ist.[7])

Der Absatz 3 des § 2270 beschränkt die Wirkung der Korrespektivität auf Erbeinsetzungen, Vermächtnisse und Auflagen, und zwar, wie die Protokolle[8]) ergeben, mit Rücksicht auf die gleiche

1) Vgl. Planck Anm. 3a zu § 2270; Strohal a. a. O. S. 327 Anm. 31; P. Meyer a. a. O, S. 44 Anm. 13; Zetzsche a. a. O. S. 29.
2) Vgl. P. Meyer a. a. O S. 45.
3) Vgl. Löwenwald S. 55 fg.
4) § 2085 B. G. B.
5) Vgl. Zetzsche a. a. O. S. 28 Anm. 23.
6) § 2078 Abs. II B. G. B.
7) Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 42 Anm. 3 und die dort Aufgeführten.
8) S. 7394.

Beschränkung der Vertragsmäßigkeit der Verfügungen eines Erbvertrages.

Indem das Gesetz anderen Verfügungen die Wirkung der Korrespektivität nimmt, will es den Gatten nicht etwa ganz versagen, auch solche Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testamente mit der Bestimmung zu treffen, daß das von dem einen Ehegatten in dieser Beziehung Verfügte nur gelten solle, wenn die entsprechende Verfügung des anderen Teiles nicht nichtig ist und nicht widerrufen wird.[9]) Nur soll hier die Ergänzung der mangelnden Bestimmung des Erblassers, daß der Widerruf oder die Nichtigkeit der mit seiner Verfügung korrespektiv getroffenen Verfügung des anderen Gatten seine Verfügung hinfällig machen soll, nicht eintreten, es vielmehr bei den allgemeinen Vorschriften über die Auslegung von Willenserklärungen und über den Einfluß des Irrtums bewenden.[10])

Alle Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes, die keine Erbeinsetzung, kein Vermächtnis und keine Auflage enthalten, und die überhaupt letztwillig zu treffen sind,[11]) werden so angesehen, als ob sie in einem einfachen Testamente ständen.

Für den Fall der Nichtigkeit einer korrespektiven Verfügung spielt es auch hier keine Rolle, ob die Verfügung von vornherein nichtig war oder erst mit Erfolg angefochten ist.[12])

Fraglich kann sein, welche Einwirkung die Kenntnis eines Ehegatten von der Nichtigkeit einer Verfügung des anderen auf seine eigene mit dieser korrespektiven Verfügung hat. Man wird da zu unterscheiden haben,[13]) ob diese Kenntnis bereits bei der Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes vorhanden war oder dem Testator erst später geworden ist. Ersterenfalls wird man auf seinen Willen schließen können, die im Zweifel anzunehmende Korrespektivität der Verfügungen auszuschließen; letzterenfalls aber wäre es verkehrt, wollte man aus dem Bestehenlassen seiner Verfügung trotz jener erlangten Kenntnis denselben Schluß auf seinen Willen ziehen: ist es doch sehr leicht möglich, daß er seine Verfügung nicht widerrufen hat, weil er sich mit Recht sagen konnte, sie sei gemäß der gesetzlichen Vorschrift des § 2270 auch ohne Widerruf unwirksam. Man wird also in diesem Falle mangels Bekundung eines entgegengesetzten Willens Unwirksamkeit der entsprechenden Verfügung nach § 2270 Abs. 1 anzunehmen haben.[14])

---

9) Vgl. Küntzel in Gruchots Beitr. Bd. 41 S. 453; Strohal a. a. O. S. 328; P. Meyer d. gem. Test. S. 43 Anm. 8.

10) Vgl. Küntzel a. a. O.; Frommhold, Erbr. Anm. 4 zu § 2270; Matthiaß a. a. O. II S. 425 fg.

11) Vgl. deren Zusammenstellung bei Planck Anm. 6 zu § 2270.

12) § 142 B. G. B. Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 44.

13) Vgl. Planck Anm. 3a zu § 2270; P. Meyer a. a. O. S. 43 Anm. 10.

14) So auch Planck a. a. O.; Eck-Leonhard, Vortr. Bd. 3 S. 174.

b) Der Widerruf korrespektiver Verfügungen.

12. Kapitel.

aa) Allgemeines.

Wie jedes andere, so ist natürlich auch das gemeinschaftliche Testament frei widerruflich. Der Widerrufsakt kann ein einseitiger oder ein gemeinschaftlicher sein. Mangels anderweiter Regelung finden auf ihn die für den Widerruf des einfachen Testamentes gegebenen Vorschriften der §§ 2253 bis 2257 entsprechende Anwendung. Im allgemeinen setzt der Widerruf Testierfähigkeit der Erblasser voraus. Im Absatz 2 des § 2253 ist jedoch der Kreis der zur rechtsgültigen Bekundung eines negativen letzten Willens Fähigen gegenüber dem Kreise der allgemein Testierfähigen durch Aufnahme der wegen Geistesschwäche, Verschwendung und Trunksucht Entmündigten erweitert. Diese können ein vor der Entmündigung errichtetes Testament widerrufen.

Die Form des Widerrufs ist eine dreifache. Ausdrücklich erklärt werden kann er zunächst durch Testament, durch einfaches eines jeden oder durch gemeinschaftliches beider Ehegatten. Natürlich muß ein solches Widerrufstestament allen an ein Testament positiven Inhalts gestellten Anforderungen genügen. Die Wahl seiner Form steht ganz im Belieben der Erblasser und wird nicht etwa durch die einst für das jetzt zu widerrufende getroffene beeinflußt. Streitig ist, ob ein gemeinschaftlicher Widerruf auch in zwei Einzeltestamenten der Ehegatten übereinstimmenden Inhalts zu erblicken sei. Meines Erachtens zu Unrecht wird die Frage, die, wie wir sehen werden, hinsichtlich der korrespektiven Verfügung von praktischer Bedeutung ist, von Borcherdt[1]) bejaht. Er schließt so: durch ihr gemeinschaftliches Testament hätten sich die Ehegatten nicht vertragsmäßig gebunden, sondern grundsätzlich ihr freies Widerrufsrecht behalten; nun sei ein einseitiger testamentarischer Widerruf keineswegs nichtig, ihm sei lediglich hinsichtlich der korrespektiven Verfügungen mit Rücksicht auf den anderen Ehegatten die Wirksamkeit versagt; die Einseitigkeit des Widerrufs werde aber gehoben, wenn auch der andere Gatte testamentarisch seinen Willen in derselben Richtung kundgebe wie der erste. Nach unserer oben — S. 31 fg. — näher dargelegten Ansicht von dem Begriffe der Gemeinschaftlichkeit müssen wir uns auf den entgegengesetzten Standpunkt stellen. Der Wille, gemeinschaftlich zu handeln, muß in äußerlich erkennbarer Form kundgetan sein.[2]) Martens[3]) will, falls das gemeinschaftliche Widerrufstestament die

1) Borcherdt, das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung Bd. 2 S. 499.
2) G. A. Martens, Form und Wirkung des Widerrufs eines gemeinschaftlichen Testamentes S. 17.
3) a. a. O. S. 18.

Verfügungen der einen Seite aufhebt, während es die der anderen unerwähnt läßt, darin einen Verzicht der Erblasser auf die in dem früheren Testamente verfügte Abhängigkeit beider erblicken. In dieser allgemeinen Form kann dem nicht beigetreten werden. Zwar wird man nach den Erfahrungen des täglichen Lebens auf einen dahingehenden Willen der Erblasser oft schließen können; wenn aber auch nur der geringste Zweifel obwaltet, wird man sich an die Vorschrift des § 2270 Abs. 1 halten müssen, die nicht, wie Martens glaubt, etwa bloß analog angewendet werden könnte, sondern selbst den strittigen Fall betrifft. Herrscht doch darüber gar kein Zweifel,[4]) daß der Unwirksamkeitserfolg unabhängig von dem Willen des nicht widerrufenden Ehegatten eintritt!

Wird das Widerrufstestament widerrufen, so ist das ursprüngliche gemeinschaftliche Testament wirksam, wie wenn es nicht widerrufen worden wäre. (§ 2257.)

Neben dem eben besprochenen Widerrufe durch ausdrückliche testamentarische Erklärung kennt das Bürgerliche Gesetzbuch einen solchen durch schlüssige Handlungen. So kann nach § 2255 ein Testament dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht, es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet oder an ihr Veränderungen vornimmt, durch die der Wille, eine schriftliche Willenserklärung aufzuheben, ausgedrückt zu werden pflegt. Zu einem wirksamen Widerrufe in dieser Form sind also zwei Momente erforderlich: das objektive der Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde und das subjektive der Aufhebungsabsicht. Da das subjektive Moment nur in den seltensten Ausnahmefällen sich mit Bestimmtheit nachweisen lassen dürfte, da es sich ja dabei um einen inneren Vorgang in der Person eines Verstorbenen handelt, so hat das Gesetz im Absatz 2 des § 2255 gemäß den Erfahrungen des täglichen Lebens eine Rechtsvermutung für das Vorhandensein der Aufhebungsabsicht bei Vornahme der betreffenden Handlung aufgestellt.

Unbestritten stellt auch der Widerruf durch schlüssige Handlungen eine letztwillige Verfügung dar, kann also nur von den Erblassern persönlich vorgenommen werden. Soll er als gemeinschaftlich vorgenommen gelten, so müssen die beiden vom Gesetze geforderten Momente in der Person beider Erblasser vorliegen. Man darf freilich nicht so weit gehen, die Vornahme der mechanischen Handlung des Vernichtens oder Veränderns — Durchstreichens, Radierens, Ueberklebens usw. — von beiden Ehegatten in Person zu verlangen. Es genügt vielmehr, wenn der eine sie mit Einwilligung des anderen, ja auch wenn ein Dritter sie mit Einwilligung beider Gatten vornimmt. Denn dann ist der Vernichtende oder Verändernde lediglich

---

4) Vgl, Cosack, Lehrb. d. Bürg. R. II § 360 Nr IV 2c; Löwenwald a. a. O. S. 56 fg.; Planck Anm. 3b zu § 2270.

als Werkzeug beider Erblasser zu betrachten.[5]) Ausgeschlossen ist hingegen, wie bereits gesagt, jede Vertretung im Willen. Eine nachträgliche Genehmigung des Vernichtungs- oder Aenderungsaktes durch den oder die nicht selbst handelnden Ehegatten kann daher die Wirksamkeit des Widerrufs nicht herstellen.

Ein nur von einem Gatten ohne Einwilligung des anderen vorgenommener Akt der hier fraglichen Art ist als einseitiger Widerruf anzusehen und kann nur auf diejenigen seiner eigenen Verfügungen Wirkung haben, zu deren einseitigem Widerrufe in dieser Form er befugt ist; es bleiben also völlig unberührt davon seine korrespektiven sowie sämtliche Verfügungen des anderen Gatten.[6]) Weder Planck[7]) und Goldmann[8]) vermag ich beizustimmen, die dem einseitigen Akte jede rechtliche Wirkung absprechen und als Folge davon alle Verfügungen des ohne Einwilligung des anderen Gatten Handelnden ihre Wirksamkeit beibehalten lassen, noch auch Cosack,[9]) der die nachträgliche Genehmigung jeder Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde durch einen Unbefugten als wirksam zuläßt, weil der Widerruf nicht schon durch die Anordnung, sondern erst durch die tatsächliche Ausführung perfekt werde, es daher auf die Widerrufsabsicht im Augenblicke der Vornahme der Handlung nicht ankomme. Gegen Planck und Goldmann führt Martens[10]) mit Recht die Vorschrift des § 2084 B. G. B. an, wonach eine letztwillige Verfügung im Zweifel so auszulegen ist, wie sie Erfolg haben kann; und will ganz richtig in das maius, das ganze Testament widerrufen zu wollen, das minus eingeschlossen wissen, das widerrufen zu wollen, was man in der beobachteten Form wirksam widerrufen könne. Cosacks Ansicht aber steht mit dem klaren Wortlaute des Gesetzes: „Ein Testament kann auch dadurch widerrufen werden, daß der Erblasser in der Absicht es aufzuheben, die Testamentsurkunde vernichtet usw." im Widerspruche. Ganz unzweideutig verlangt das Gesetz hiermit das Vorhandensein der Aufhebungsabsicht im Augenblicke der betreffenden Handlung.

Ueber die Frage, wer die Beweislast beim Vorhandensein einer in der vom Gesetze besagten Art veränderten Testamentsurkunde hat, ob derjenige, der sich auf die Wirksamkeit des Widerrufs beruft, oder derjenige, der das ursprüngliche Testament gültig haben will, über diese Frage herrscht Streit. Borcherdt[11]) entscheidet sie im Sinne

5) Vgl. Dernburg, deutsch. Erbr. § 93 Anm. 2; Strohal, Erbrecht Band I S. 329 Anm. 4; Planck Anm. 3 zu § 2272; Goldmann a. a. O. S. 90; P. Meyer, d. gem. Test. S. 39 Anm. 18.

6) Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 40 Anm. 22 und die dort Aufgeführten.

7) Anm. 3 zu § 2272.

8) A. a. O. S. 89.

9) A. a. O. II S. 695.

10) A. a. O. S. 35.

11) A. a. O. S. 486.

der zweiten Alternative: er hält den für beweispflichtig, der behauptet, die Veränderung der Urkunde rühre nicht von den Erblassern her. Dagegen macht Brock[12]) mit Recht geltend, daß eine solche Verteilung der Beweislast eine nicht bestehende gesetzliche Vermutung voraussetze, wonach jede Veränderung der Testamentsurkunde als von den Erblassern herrührend zu betrachten sei. Es ist vielmehr mit Brock nach dem Grundsatze, daß derjenige, der sich auf einen Rechtssatz stützt, das Vorliegen aller den Tatbestand dieses Rechtssatzes bildenden Tatsachen zu beweisen hat, den sich auf das ursprüngliche Testament Berufenden der Beweis für die gültige Errichtung der Urkunde des von ihnen behaupteten Inhaltes, hingegen dem sich auf den Widerruf Berufenden der Beweis dafür aufzuerlegen, daß die Veränderung durch die Erblasser erfolgt sei; denn der Widerruf stellt eine rechtsvernichtende Tatsache dar. Ist den Widerrufsinteressenten dieser Beweis gelungen, so ist es wieder Sache der Interessenten des ursprünglichen Testamentes, die gesetzliche Vermutung für die Aufhebungsabsicht der Erblasser zu entkräften. Entsprechend ist die Beweislastfrage im Falle eines angeblichen Widerrufes des gemeinschaftlichen Testamentes durch Vernichtung der Urkunde zu entscheiden.

Es sei noch bemerkt, daß die gesetzliche Vermutung der Aufhebungsabsicht nach dem buchstäblichen Wortlaute des § 2255 Abs. 2 dann nicht Platz greift, wenn ein Dritter die Widerrufshandlung vorgenommen hat. Man wird indessen folgerichtig das Gesetz dahin interpretieren dürfen, daß die Aufhebungsabsicht der Erblasser zu vermuten ist, wenn ihr Auftrag an den handelnden Dritten nachgewiesen ist.[13])

Spielt bei der eben erörterten Form des Widerrufes das subjektive Moment der Aufhebungsabsicht, wie wir gesehen haben, bei Beurteilung seiner Wirksamkeit noch eine entscheidende Rolle, so hat das Gesetz bei der dritten von ihm aufgestellten Widerrufsform das Gewicht allein auf ein objektives Handeln der Erblasser gelegt und diesem Handeln, völlig unabhängig von dem wahren Willen der Erblasser, die Widerrufswirkung beigelegt. Die diesbezügliche Vorschrift des § 2256 B. G. B. lautet:

> Ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird.
>
> Der Erblasser kann die Rückgabe jederzeit verlangen. Die Rückgabe darf nur an den Erblasser persönlich erfolgen.

---

12) Brock, das eigenhändige Testament S. 104 fg.
13) Vgl. Brock a. a. O.

Die Vorschriften des Absatzes 2 gelten auch für ein nach § 2248 hinterlegtes Testament; die Rückgabe ist auf die Wirksamkeit des Testamentes ohne Einfluß.

Es mag kurz bemerkt sein — eine praktische Bedeutung dürfte der Frage nicht zukommen —, daß diese Vorschrift keine Fiktion, sondern das reine Beispiel einer unwiderlegbaren Vermutung, einer praesumtio iuris et de iure, darstellt; wäre es eine Fiktion, so müßte ja ihr Gegenteil, d. h. der Nichtwiderruf, den Tatsachen entsprechen — vergl. das Beispiel einer Fiktion im § 1923 B. G. B. Abs. 2. Dies trifft nicht zu, vielmehr läßt es das Gesetz unentschieden, ob die Erblasser den Widerrufswillen tatsächlich haben oder nicht, indem es diesen Willen für jeden Fall unwiderlegbar vermutet wissen will.

Der Wortlaut des Gesetzes wäre glücklicher gewählt, wenn nicht sowohl die Rückgabe an den Erblasser, als vielmehr die Rücknahme durch den Erblasser in den Vordergrund gestellt wäre, wie es im § 2272 für das gemeinschaftliche Testament auch geschehen ist. Zu Streitfragen hat indessen der vom Gesetzgeber gewählte Wortlaut keinen Anlaß gegeben.

Ein einseitiger Widerruf des gemeinschaftlichen Testamentes in dieser Form ist nach dem eben angeführten Paragraphen ausgeschlossen. Wird versehentlich ein gemeinschaftliches Testament an nur einen der Gatten zurückgegeben, so bleibt es in seinem ganzen Umfange — auch bezüglich der nichtkorrespektiven Verfügungen des Rücknehmenden selbst — gültig.[14])

Sachlich ist die in der Rücknahme liegende Willenserklärung als letztwillige Verfügung anzusehen; es muß daher zum Eintritte der Widerrufswirkung die negative Testierfähigkeit beider Erblasser verlangt werden. Es ist ferner auch hier jede Stellvertretung, im Willen jedenfalls, ausgeschlossen; ob auch bloß beim Rückgabeakt, ist strittig. Die herrschende Meinung[15]) will die Herausgabe nur an die Erblasser in höchsteigener Person gestatten; meines Erachtens mit Recht, da der Wortlaut des Gesetzes nur diese Auffassung zuläßt. Hingegen will Strohal[16]) die Beauftragung eines Ehegatten seitens des anderen oder eines Dritten seitens beider, die Urkunde in Empfang zu nehmen, gelten lassen.

Notwendige Voraussetzung des Widerrufserfolges ist der Wille der beiden Ehegatten, die Urkunde aus der Verwahrung zurückzunehmen. Wollen sie z. B. lediglich aus irgend einem Grunde den ihr Testament enthaltenden Umschlag oder das Aufnahmeprotokoll besehen

14) A. A. ganz vereinzelt, Mattes, d. gem. Test. S. 16 fg., der zu Unrecht die Vorschrift des § 2272 für bloß instruktionell hält.

15) Vgl. Planck Anm. 4b zu § 2256; Märcker, Nachlaßbeh. S. 92; Staudinger-Herzfelder Anm. III c zu §§ 2253—2257; Endemann, Lehrb. d. bürg. Rechts Bd. 3, S. 215; Windscheid-Kipp, Pandekten S. 286.

16) A. a. O. S. 315a und Anm. 14.

und werden ihnen zu diesem Zwecke die betreffenden Urkunden vorgelegt, so behält natürlich das Testament seine volle Wirksamkeit.

Gemäß § 2256 Abs. 2 Satz 1 setzt die Rückgabe des Testamentes einen Antrag der Erblasser voraus. Eine selbständige Rolle vermag dieser Antrag, wenigstens für die Widerrufswirkung, nicht zu spielen. Ist er von nicht widerrufsfähigen Erblassern gestellt und erfolgt später die Rückgabe an widerrufsfähige, so wird nach der herrschenden Ansicht[17]) das Verlangen der Erblasser als bei der Rückgabe selbst wiederholt angesehen. Strohal[18]) meint, nicht in allen Fällen könne das Verlangen der Rückgabe bei ihrem tatsächlichen Erfolge als wiederholt gelten; für diese Fälle, wo es nicht zutreffe, verlangt er als Voraussetzung der Widerrufswirkung Widerrufsfähigkeit beider Erblasser bei der Antragstellung. Mit Recht wird ihm entgegengehalten,[19]) daß in der Empfangnahme der Testamentsurkunde stets der auf die Rücknahme gerichtete Wille zutage trete und daß auf diesen Willen allein es ankomme, da ja das Gesetz lediglich an die Rücknahme selbst die Widerrufswirkung knüpft.

Daß bei einem gemäß § 2248 B. G. B. in amtliche Verwahrung gegebenen eigenhändigen Testamente die Rücknahme aus dieser Verwahrung ohne Einfluß auf die Wirksamkeit des Testamentes ist, spricht das Gesetz im Absatz 3 des § 2256 ausdrücklich aus. Nun ist der Fall denkbar, daß eine gemäß § 2231 Ziffer 2 errichtete und als privatschriftliches Testament vollgültige Urkunde später von den Erblassern dem Richter oder Notar mit der mündlichen Erklärung übergeben wird, daß die Schrift ihren letzten Willen enthalte. Dadurch erfüllt das Testament nunmehr die Eigenschaft eines öffentlichen und kommt in die besondere amtliche Verwahrung. Wie nun, wenn die Erblasser sich später dieses Testament zurückgeben lassen? Gilt das Testament dann als widerrufen oder ist es als eigenhändiges aufrecht zu erhalten? Die Frage ist meines Erachtens im Sinne der zweiten Alternative zu entscheiden. Man muß mit Hellmann[20]) davon ausgehen, daß zwei Testamente errichtet sind, zunächst ein eigenhändiges, dann ein öffentliches. Gemäß § 2258 wird jenes durch dieses nicht aufgehoben, da beide ja genau denselben Inhalt haben. Wird nun das öffentliche durch Rücknahme gemäß § 2256 Abs. 1 widerrufen, so bleibt das eigenhändige, auf dessen Wirksamkeit ja die Rücknahme gemäß § 2256 Abs. 2 keinen Einfluß hat, gültig bestehen.[21])

---

17) Küntzel bei Gruchot Bd. 41, S. 601; Frommhold, Erbr. Anm. 1 zu § 2256; Planck Anm. 2 zu § 2256.

18) A. a. O. S. 316c.

19) Vgl. Küntzel a. a. O. S. 600.

20) In der kritischen Vierteljahrsschrift Bd. 39, S. 227.

21) G. A. Hellmann a. a. O.; Strohal a. a. O. S. 317; Küntzel a. a. O., S. 601 ffg. und scheinbar auch P. Meyer, d. gem. Test. S. 40ee.

Die Gegner[22]) stützen ihre Ansicht auf die meines Erachtens irrige Annahme, daß das Testament mit der nach § 2238 gültig bewirkten Uebergabe die Eigenschaft eines eigenhändigen Testamentes verloren habe, in ein öffentliches verwandelt worden sei und nicht etwa beider Eigenschaften in sich vereinige. Es ist nicht ersichtlich, warum zwar das eigenhändige Testament, wie auch Cosack[23]) und Planck[24]) zugeben, als solches aufrecht zu erhalten ist, wenn das öffentliche wegen Formfehlers nichtig ist, aber nicht dann, wenn das öffentliche widerrufen wird.[25]) Mit Recht macht noch Boschan[26]) einen praktischen Gesichtspunkt für unsere Ansicht geltend, daß man nämlich einem im Nachlasse gefundenen eigenhändigen Testamente nie ansehen könne, ob es seit seiner Errichtung nicht einmal durch Uebergabe gemäß § 2238 ein öffentliches geworden und dann durch Rücknahme widerrufen worden sei. Träfe die Ansicht der Gegner zu, so müßte jedem eigenhändigen Testamente mit Mißtrauen begegnet werden; es wäre stets ein Anreiz für die unzufriedenen gesetzlichen Erben, nach jener Richtung hin Weiterungen zu bereiten, da ja, wie Martens[27]) ganz richtig anführt, die Nachforschung nach einer etwaigen Uebergabe des aufgefundenen Testamentes oft mit großen Umständen verbunden und außerordentlich lange Zeit in Anspruch nehmend sein kann.

Das im Vorstehenden Gesagte gilt für alle Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes mit nur einer Ausnahme. Diese Ausnahme bilden die korrespektiven Verfügungen. Zwar sind auch sie zu Lebzeiten beider Gatten frei widerruflich. Aber es erlischt das Widerrufsrecht des überlebenden mit dem Tode des anderen Gatten, und es ist ferner der einseitige Widerruf schon bei Lebzeiten beider an eine besondere Form gebunden (§ 2271).

Der Grund dieser besonderen Regelung liegt in der besonderen bereits erwähnten Wirkung, die der Widerruf korrespektiver Verfügungen vor dem gewöhnlicher Verfügungen voraus hat. Diese besondere Wirkung besteht, wie wir gesehen haben, darin, daß der Widerruf einer korrespektiven Verfügung nicht nur deren Unwirksamkeit, sondern auch die Unwirksamkeit der mit der widerrufenen im Verhältnis der Korrespektivität stehenden Verfügung des anderen Gatten hat (§ 2270). Diese weitere Folge des Widerrufs tritt kraft Gesetzes ein und wird von dem Willen des nicht widerrufenden Gatten in keiner Weise beeinflußt. Selbst wenn dieser Gatte sich mit dem Widerrufe einverstanden erklärt oder, sei es aus-

22) Cosack a. a. O. § 358 Anm. 9; Böhm, Erbr. S. 201 Anm. 1; Planck Anm. 5 zu § 2256.
23) A. a. O. II § 354 IV.
24) Anm. III 2 zu § 2231.
25) S. A. Martens a. a. O. S. 32.
26) Boschan, die Nachlaßsachen in der gerichtl. Praxis Bd. I S. 205.
27) A. a. O. S. 33.

drücklich, sei es implicite, trotz des ihm bekannten Widerrufes seine mit der widerrufenen korrespektive Verfügung bestätigt, kann er weder deren Unwirksamwerden verhindern, noch ihre eingetretene Unwirksamkeit beseitigen. Er muß, wenn er inhaltlich bei seiner Verfügung beharren will, sie neu errichten.[28]) Die Unwirksamkeit tritt mit dem Wirksamwerden des Widerrufs ipso iure ein; es ist unerheblich, ob der Widerruf dem anderen Gatten bekannt wird oder nicht.

Im bisherigen Rechte nahm man an, daß der Widerruf des Widerrufes einer korrespektiven Verfügung die entsprechende Verfügung des anderen Gatten wieder wirksam werden lasse.[29]) Nach dem geltenden Rechte ist dies nicht möglich. Wie § 2257 B. G. B. ergibt, kennt das Bürgerliche Gesetzbuch zwar auch den Widerruf des Widerrufes einer letztwilligen Verfügung und legt ihm die Wirkung bei, die widerrufene Verfügung so wirksam zu machen, wie wenn sie gar nicht widerrufen worden wäre. Es beschränkt diese Wirkung jedoch auf den Widerruf eines gemäß § 2254 durch Testament erfolgten Widerrufes. Nun kann der wirksame Widerruf einer korrespektiven Verfügung des gemeinschaftlichen Testamentes nach der Vorschrift des § 2271 Abs. 1 lediglich durch Erklärung gegenüber dem anderen Ehegatten in gerichtlich oder notariell beurkundeter Form erfolgen, also nicht durch Testament. Folglich ist die Anwendung des § 2257 auf korrespektive Verfügungen ausgeschlossen; ein Widerruf des Widerrufes einer solchen Verfügung demgemäß wirkungslos.[30])

Möglich ist, daß zwei oder mehr Verfügungen des einen Ehegatten mit nur einer Verfügung des anderen im Verhältnisse der Korrespektivität stehen, und es entsteht die Frage, ob durch den Widerruf einer jener mehreren Verfügungen auch die anderen infolge des Unwirksamwerdens jener Verfügung des anderen Teiles ihrerseits unwirksam werden. Die Frage ist zu verneinen; denn das Gesetz stellt, wie bereits oben ausgeführt, die Unwirksamkeit einer Verfügung ihrer Nichtigkeit und ihrem Widerrufe nicht gleich.[31])

Strittig ist die Frage, welche Folgen der teilweise Widerruf einer korrespektiven Verfügung, z. B. die Herabsetzung eines korrespektiv angeordneten Vermächtnisses hat. Zwei Ansichten stehen sich da kraß gegenüber. Nach der einen[32]) entkräftet auch jeder teilweise Widerruf notwendig die korrespektive Verfügung des anderen Ehegatten, nach der anderen entbehrt der teilweise Widerruf überhaupt jeder Wirkung, also auch der auf die eigene Verfügung des Widerrufenden. Dies war der Standpunkt des Allgemeinen Land-

28) Vgl. Cosack a. a. O. II § 360 IV 2c; Löwenwald S. 56 fg; Matthiaß, Bürg. Recht Bd. III S. 425; Planck Anm. 3b zu § 2270.
29) Vgl. Dernburg, Preuß. Privatr. Bd. III § 184 Anm. 4.
30) Vgl. Planck a. a. O.; P. Meyer a. a. O. S. 50.
31) Vgl. Cosack a. a. O. II § 360 IV 4; Planck a. a. O.
32) Vgl. Löwenwald S. 56, 59, 62.

rechtes.[33]) Für das Bürgerliche Gesetzbuch dürfte die erste Ansicht zutreffen. Auch ein teilweiser Widerruf bleibt Widerruf und muß mangels abweichender positiver Vorschrift die vom Gesetze allgemein für den Widerruf bestimmten Folgen haben. Auch die vermittelnde Ansicht Plancks[34]) ist zu verwerfen, wonach das Wirksambleiben der Verfügung des anderen Gatten davon abhängen soll, ob anzunehmen sei, daß er seine Verfügung auch dann getroffen hätte, wenn die Zuwendung des teilweise Widerrufenden von vornherein nur den geringeren Umfang gehabt hätte. Abgesehen davon, daß sich weder im Gesetzestexte noch im Material irgend ein Anhalt für den dahingehenden Willen des Gesetzgebers findet, böte diese Ansicht ihrer praktischen Anwendung in den meisten Fällen solche Schwierigkeiten, daß der Richter fast stets zu einer mehr oder minder willkürlichen Entscheidung gezwungen wäre. Dies aber kann unmöglich die Absicht des Gesetzgebers gewesen sein; man muß vielmehr annehmen, daß er keine positive Bestimmung treffen zu müssen geglaubt hat, weil nach seiner Ansicht zweifellos ein teilweiser Widerruf eben ein Widerruf ist und dessen Folgen haben muß.

Schwierigkeiten bietet der Fall, daß eine dem anderen Ehegatten oder einem Dritten durch eine korrespektive Verfügung gemachte Zuwendung durch Auferlegung eines Vermächtnisses oder einer Auflage nachträglich beschränkt oder belastet wird. Man wird hier auf den mutmaßlichen Willen der Erblasser zurückgehen und von Fall zu Fall untersuchen müssen, ob die Anordnung der Belastung oder Beschränkung eine Vereitelung des Willens des anderen Ehegatten bedeutet oder nicht. Bejahendenfalls wird man im Hinblicke auf § 2271 der Anordnung die Wirksamkeit versagen, verneinendenfalls aber zugestehen.[35]) Eine Ausnahme freilich wird man für die Zeit machen müssen, wo beide Erblasser noch am Leben sind; denn dann muß man dem anderen Teile das Recht zugestehen, selbst seinen Standpunkt zu der Aufnahme einer solchen Beschränkung zu erklären; wenn er damit einverstanden ist, so liegt kein Grund vor, warum er jene Anordnung nicht mit dem beschränkenden Gatten gemeinschaftlich treffen sollte, außer wenn er zur Abgabe einer Erklärung dauernd außerstande oder sein Aufenthalt dauernd unbekannt ist. In diesen beiden Fällen wird man die Frage gleichfalls nach dem oben ausgesprochenen Grundsatze zu behandeln haben.[36]) Was die Beweislast betrifft, so hat

33) A. L. R. II 1 §§ 487, 488.

34) Anm. 3c zu § 2270. Ihm hat sich Staudinger-Herzfelder in Anm. 2 zu § 2270 angeschlossen.

35) A. A. P. Meyer a. a. O. S. 46 Anm. 17, der eine solche Aenderung stets als Widerruf behandelt wissen will, d. h. sie bei Lebzeiten beider Gatten nur in der Form des § 2271 Abs I, nach dem Tode des anderen Gatten aber nur dann als wirksam zulassen will, wenn eine Aufhebung der korrespektiven Verfügung noch möglich ist.

36) Vgl. zu dieser Frage die mit der hier vertretenen Ansicht übereinstimmenden trefflichen Ausführungen Brütts im Arch. für bürg. Recht Bd. 29 S. 383 ffg.

meines Erachtens der nachträglich mit dem Vermächtnisse oder der Auflage Belastete dem Vermächtnisnehmer oder dem die Erfüllung der Auflage Fordernden gegenüber zu beweisen, daß die nachträgliche Anordnung der Belastung mit der Korrespektivität der durch sie betroffenen Verfügung im Widerspruche steht, d. h. daß sie den Willen des anderen Ehegatten vereitelt. Denn an sich ist es ja auch jedem Testator eines gemeinschaftlichen Testamentes unverwehrt, Auflagen und Vermächtnisse nach Belieben anzuordnen, und sein Gebundensein durch die Korrespektivität seiner Verfügung muß als Ausnahme von dem Grundsatze der Testierfreiheit von dem, der sich darauf stützt, also dem Belasteten, bewiesen werden.[37])

13. Kapitel.

bb) Der einseitige Widerruf korrespektiver Verfügungen zu Lebzeiten beider Gatten.

Wie bereits gesagt, können auch korrespektive Verfügungen, solange beide Ehegatten am Leben sind, einseitig widerrufen werden. Während indessen sowohl nach gemeinem[1]) als auch nach preußischem Rechte[2]) auch der einseitige Widerruf in Form einer letztwilligen Verfügung rechtswirksam erfolgen konnte, hat das Bürgerliche Gesetzbuch für ihn eine strenge Formvorschrift aufgestellt. Es bestimmt im § 2271 Abs. 1 Satz 1:

> Der Widerruf einer Verfügung, die mit einer Verfügung des anderen Ehegatten in dem im § 2270 bezeichneten Verhältnisse steht, erfolgt bei Lebzeiten der Ehegatten nach den für den Rücktritt von einem Erbvertrage geltenden Vorschriften des § 2296.

Danach muß ein solcher Widerruf zu seiner Wirksamkeit in einer gegenüber dem anderen Ehegatten abgegebenen gerichtlich oder notariell beurkundeten Erklärung bestehen. Der so gestaltete Widerruf ist zwar *sachlich* eine letztwillige Verfügung, weswegen man von dem Widerrufenden negative Testierfähigkeit und *persönliches* Handeln verlangen muß; der *Form* nach aber stellt er kein Rechtsgeschäft *von Todes wegen*, sondern ein solches *unter Lebenden* dar. Dieser Unterschied hat wichtige Folgen.

Einmal finden auf die Beurkundung der Erklärung nicht die Vorschriften der §§ 2233 bis 2246 B. G. B. für die Testamentserrichtung vor Richter oder Notar Anwendung, sondern die allgemein für die Aufnahme gerichtlicher und notarieller Urkunden im Gesetze über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (§§ 168 ffg.)

---

37) G. A. Dernburg, Deutsch. Erbr. S. 261 fg. — A. A. Brütt a. a. O. S. 395.

1) Vgl. Dernburg, Erbrecht S. 259 a. E.

2) A. L. R. II 1 §§ 485, 486.

aufgestellten. Es bedarf also vor allem seitens des Instrumentierenden außer in den Fällen der §§ 169,[3]) 177,[4]) 179[5]) F. G. G. keiner Zuziehung weiterer Urkundspersonen. Ferner kommen, da der Widerruf nach § 2271 eine formalisierte empfangsbedürftige Willenserklärung darstellt, die bezüglichen Vorschriften des allgemeinen Teiles des Bürgerlichen Gesetzbuches[6]) in Betracht. Danach muß der Widerruf entweder in Anwesenheit des anderen Gatten erfolgen oder ihm übermittelt werden. Ist der nichtwiderrufende Ehegatte geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so muß die Uebermittelung an seinen gesetzlichen Vertreter erfolgen.[7]) Es kann Martens[8]) nicht zugestimmt werden, wenn er die Widerrufserklärung an den beschränkt Geschäftsfähigen persönlich übermittelt wissen will, weil dieser auch seinerseits nur persönlich widerrufen könne. De lege ferenda ist dieser Gesichtspunkt durchaus beachtlich, ihn indessen als geltendes Recht zu betrachten, gibt das Gesetz nirgend einen Anhalt.[9])

Eine Form ist für die Uebermittelung nicht vorgeschrieben.[10]) Der Widerruf wird wirksam, wenn er dem anderen Gatten oder dessen gesetzlichem Vertreter „zugeht", d. h. wenn der Empfänger unter normalen Verhältnissen in der Lage ist, von ihm Kenntnis zu nehmen. Der Widerrufende kann sich zur Uebermittelung auch der Zustellung durch den Gerichtsvollzieher nach den Vorschriften der Zivilprozeßordnung (erstes Buch 3. Abschnitt 2 Tit.) bedienen[11]) und wird dies auch, wenn er einen sicheren Beweis in Händen haben will, tun. Er kann auf diese Weise auch einer etwaigen Annahmeverweigerung vorbeugen.[12]) Endlich kann er, falls der Aufenthalt des anderen Ehegatten unbekannt ist, den Widerruf nach den für die öffentliche Zustellung einer Ladung geltenden Vorschriften der Zivilprozeßordnung[13]) übermitteln,[14]) d. h. durch Anheftung an der Gerichtstafel und Einrücken in die öffentlichen Blätter.[15])

---

3) Tauber, blinder oder stummer Beteiligter.
4) Schreibunfähiger Beteiligter.
5) Sprachfremder Beteiligter.
6) §§ 130—132.
7) § 131 B. G. B.
8) A. a. O. S. 37.
9) Vgl. hierzu auch P. Meyer, D. gem. Test. S. 49 Anm. 31 sowie die von ihm m. E. mit Recht bekämpften Vorschläge Strohals [Erbrecht § 43a Anm. 10] und Mattes [gem. Test. S. 40], wie die Praxis die Vorschriften des § 131 Abs. II im vorliegenden Falle umgehen könne.
10) Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 49.
11) § 132 Abs. I B. G. B.
12) Vgl. § 186 Z. P. O.
13) §§ 204—206.
14) § 132 Abs. II B. G. B.
15) Ist es zweifelhaft, ob der andere Gatte noch lebt, so muß der Widerrufende, um sicher zu gehen, die Verfügung sowohl in der durch § 2271 Abs. I als auch in der durch § 2271 Abs. II vorgeschriebenen Weise widerrufen. Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 49 Anm. 33.

Streitig ist, ob die Erklärung des Widerrufs durch einen Vertreter erfolgen kann. Die Vertretung in der Willensbildung ist zweifellos ausgeschlossen, und es herrscht darüber wohl auch kein Streit. Aber auch die Vertretung bei Abgabe der Erklärung dürfte, wie [illegible] meinen, ausgeschlossen sein.[16] Die Gegner[17] stützen ihre Ansicht in der Regel auf den Unterschied, den das Gesetz zwischen der Vertretung in der Willensbildung und Willenserklärung an anderen Stellen, z. B. bei § 1337, macht. Dort handelt es sich um formelle Willenserklärungen, die natürlich durch einen Boten übermittelt werden können. Anders jedoch hier, wo es gerade der Wille des Gesetzgebers ist, daß der Widerruf in absolut unzweideutiger, förmlicher Weise geschehe.

Die Gründe, die den Gesetzgeber zur Aufstellung der strengen Formvorschrift veranlaßt haben, sind offensichtlich. Einmal soll der Widerruf nicht hinter dem Rücken des anderen Gatten erfolgen, sondern ihm bekannt werden, damit er in die Lage kommt, seine durch den Widerruf gegenstandslos gewordenen Verfügungen der veränderten Sachlage entsprechend abzuändern. Es sind nur Ausnahmefälle, in denen trotz der Vorschrift des § 2271 der Widerruf nicht zur Kenntnis des anderen Gatten gelangt; geschehen kann dies bei der Ersatzzustellung, bei der öffentlichen Zustellung und bei der Erklärung gegenüber dem gesetzlichen Vertreter.

Ferner aber soll durch die Formvorschrift beiden Gatten der Beweis des Widerrufs gesichert werden.

Daß indessen diese kaum zu unterschätzenden Vorteile doch die der Vorschrift entgegenstehenden Bedenken überwiegen, wird mit Recht von der Mehrheit der Schriftsteller unter eingehender Begründung bestritten. Verteidigt wird ihre Aufnahme eigentlich nur von Küntzel[18] und Planck.[19]

Einmal werden die durch das Erfordernis der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung verursachten Kosten und Weitläufigkeiten als Nachteil angeführt. Ferner wird hervorgehoben, daß derjenige, der letztwillige und vertragsmäßige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments widerrufen wolle, sich verschiedener Formen bedienen müsse und daß es oft zweifelhaft sein könne, ob eine Anordnung letztwillig sei oder nicht.[20] Diesem zweiten Bedenken gegenüber muß freilich gesagt werden, daß das Dilemma sehr gut dadurch umgangen werden kann, daß der Notar oder Richter bei der Beurkundung des Widerrufs zugleich die Form einer letztwilligen Verfügung wahrt, also namentlich zwei Zeugen hinzuzieht.[21]

16) S. A. Planck Anm. 2 zu § 2296.
17) Vgl. Staudinger-Herzfelder Anm. III 5 b zu § 2270/71.
18) In Gruchots Beiträgen Bd. 41 S. 604 flg.
19) Anm. II 2a zu § 2271.
20) Vgl. Dernburg, [illegible] § 83 III.
21) Vgl. [illegible] a. a. O. S. [illegible]; Dernburg a. a. O.

Für besonders bedenklich aber wird die Formalisierung des Widerrufes im Hinblicke auf das eigenhändige Testament erachtet. Und man muß die Besorgnis der Kritik[22]) teilen, daß die erschwerte und mit Kosten verbundene Form des Widerrufes es dem schwächeren Ehegatten, besonders bei Ehen niederer Stände, oft so erschweren wird, von dem eigenhändigen gemeinschaftlichen Testamente, das die Gatten ohne Kosten durch einfache Niederschrift errichten konnten und dessen sich daher gerade die niederen Stände aus Furcht vor den Kosten eines öffentlichen bedienen, abzugehen, daß er es überhaupt unterläßt. Auf diese Weise ist ihm also zwar nicht rechtlich aber tatsächlich das Widerrufsrecht genommen.

Auch die weiteren schon in der zweiten Kommission geäußerten Bedenken,[23]) teils theoretischer, teils praktischer Natur, sind größtenteils wohl sehr berechtigt gewesen. Indessen entspräche es nicht dem Rahmen dieser Arbeit, die über das Institut de lege lata handeln will, auf diese Bedenken sämtlich näher einzugehen, nachdem der Gesetzgeber über sie hinweg die Vorschriften über die Form des Rücktrittes vom Erbvertrage mit unzweideutigen Worten für anwendbar erklärt hat. Es möge daher die vorstehende Erörterung der Hauptbedenken genügen!

Ohne seine letztwillige Verfügung zu widerrufen, kann der Erblasser ihre Unwirksamkeit dadurch herbeiführen, daß er später ein neues Testament errichtet, das mit jener Verfügung inhaltlich im Widerspruche steht. Für diese Art des Unwirksammachens einer Verfügung verwendet das Bürgerliche Gesetzbuch den Ausdruck „aufheben". Ein solches Aufheben einer korrespektiven Verfügung durch ein neues ihr widersprechendes einseitiges Testament wäre durch die bisher besprochene Vorschrift des ersten Satzes von § 2271 nicht betroffen. Denn dort ist nur die Form des W i d e r r u f e s geregelt. Um diese Lücke auszufüllen, hat der Gesetzgeber einen zweiten Satz beigefügt, des Wortlautes:

> Durch eine neue Verfügung von Todes wegen kann ein Ehegatte bei Lebzeiten des anderen seine Verfügung nicht einseitig aufheben.

Daß diese Vorschrift lediglich den Zweck habe, das Mißverständnis auszuschließen, als ob der im Satze 1 gewiesene Weg der einzige wäre, auf dem überhaupt korrespektive Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testamentes aufgehoben werden könnten, dieser Ansicht Plancks[24]) muß entschieden widersprochen werden. Wenn auch,

---

22) Vgl. Dernburg a. a. O.; Löwenwald a. a. O. S. 65; Strohal a. a. O. S. 333 Anm. 12; Hellwig, Verträge S. 623; vgl. auch Protok d. II. Komm. S. 7386.

23) Vgl. Protokolle S. 7386 fg. Diese Bedenken sind nur mit der winzigen Mehrheit von 10 gegen 8 Stimmen zurückgedrängt worden, vgl. Küntzel a. a. O. S. 605.

24) Anm. 2b zu § 2271.

wie es allerdings nach der Darstellung Küntzels[25]) den Anschein hat, die Redaktionskommission für den zweiten Entwurf lediglich durch jenes Motiv zur Aufnahme der Vorschrift bestimmt worden sein sollte, so kann dies doch an der Tatsache, daß ohne ihre Aufnahme eine Lücke im Gesetze gewesen wäre, nichts ändern. Die irrige Ansicht der Gegner[26]) beruht auf einer unzulässigen Verquickung der Begriffe „Widerruf" und „Aufhebung durch Verfügung von Todes wegen".

Strittig ist die Bedeutung des Wortes „einseitig" in der zur Besprechung stehenden Vorschrift. Die Einen[27]) meinen, der Gesetzgeber habe damit den Gegensatz zu „ohne, auch formlose, Zustimmung des anderen Ehegatten", die Anderen,[28]) er habe damit den Gegensatz zu „durch zweiseitige Verfügung" treffen wollen. Von dritter Seite[29]) wird der Ausdruck sogar noch enger aufgefaßt und in Gegensatz gestellt allein zum Vertrage.

Richtig dürfte die als zweite aufgeführte Ansicht sein. Sie entspricht dem Sprachgebrauche, der „einseitig" in Gegensatz zu „zweiseitig" stellt, und hat auch, wie Eck[30]) besonders betont, für sich, daß sie nicht mit formlosen Zustimmungen operiert, was auf dem Gebiete des Testamentsrechtes, wie bereits weiter oben ausgeführt, außerordentlich bedenklich ist.[31]) Selbst mit der Zustimmung des anderen Gatten ist also eine Aufhebung durch neues Testament wirkungslos.

Möglich ist, daß in dem gemeinschaftlichen Testament sich der eine Gatte selbst damit einverstanden erklärt, daß der andere eine von ihnen getroffene Verfügung durch eine einseitige letztwillige Verfügung wieder aufheben könne. Auf eine solche Verfügung lassen sich meines Erachtens die Vorschriften des § 2271 nicht anwenden; denn es dürfte in jener Erklärung zweifellos der Ausschluß der Korrespektivität der von ihr betroffenen Verfügungen zu erblicken sein.[32]) Es

25) A. a. O. S. 605 fg.

26) Auch Dernburg wirft die beiden Begriffe zusammen; vgl. sein Erbr. § 93 III am Anfange. Er behandelt den 2. Satz des § 2271 garnicht, offenbar, weil er ihn ja hiernach gleichfalls folgerichtig als überflüssig betrachten muß.

27) Maercker S. 193; Wilke a. a. O. Anm. 3 zu § 2271; Proske, Die Untersch. zw. ein. gem. Test. u. ein. Erbvertrage S. 64; Eichhorn, Test. S. 188; Maithiaß, Bürg. R II S. 426; Löwenwald, D. gem. Test. S. 26.

28) Küntzel a. a. O. S. 605—607; Cosack, B. R. II § 360 IV 3 d; Endemann, B. R. III § 45 Anm. 18; Böhm, Erbr. S. 215 Anm. 4; Frommhold, Anm. 2 b zu § 2271; Planck a. a. O; Strohal unter Aufgabe seines früheren Standpunkts S. 334 Anm. 15; P. Meyer a. a. O. S. 46 Anm 20.

29) Hellmann a. a. O. S. 224, 225.

30) Eck-Leonhard, Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. 3 S. 180.

31) Die im Texte vertretene Anschauung entspricht auch der von Küntzel a a. O. geschilderten Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

32) Vgl. Planck a. a. O.

kann Strohal[33]) nicht beigestimmt werden, wenn er die Vorschrift des § 2271 Abs. 1 für dispositiver Natur hält und infolgedessen die Einräumung des Widerrufsrechtes durch den anderen Gatten im gemeinschaftlichen Testamente selbst ohne Wirkung auf die Korrespektivität der von ihr getroffenen Verfügungen sein läßt. Ist indessen jene Einwilligung nur für die Zeit nach dem Tode des sie Erklärenden erteilt, so hat sie natürlich auf die Anwendung der gesetzlichen Vorschriften für den Widerruf bei Lebzeiten beider Gatten keinen Einfluß.[34])

Auch die Aufhebung korrespektiver Vermächtnis- und Auflageverfügungen durch letztwillige Verfügung mit gerichtlich oder notariell beurkundeter Zustimmung des anderen Teils, wie sie für den Erbvertrag zugelassen ist,[35]) muß für das gemeinschaftliche Testament dem klaren Wortlaute des § 2271 Abs. 1 Satz 2 gemäß für unzulässig erklärt werden.[36])

Daß die Ehegatten auf das Widerrufsrecht bezüglich korrespektiver Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes überhaupt rechtswirksam verzichten können, wie Frommhold[37]) annimmt, ist nach § 2302 ausgeschlossen.

Wenn nun der eine Ehegatte entgegen der Vorschrift des § 2271 Abs. 1 Satz 2 eine letztwillige Verfügung errichtet, die einer korrespektiven seines früher errichteten gemeinschaftlichen Testamentes entgegensteht, so ist die neue nicht etwa nichtig; denn durch jene ist die Testierfähigkeit der Ehegatten keineswegs beschränkt; vielmehr ist die neue Verfügung nur insoweit und so lange unwirksam, als jene korrespektive wirksam ist. Verliert die korrespektive ihre Wirksamkeit, so gewinnt die neuerrichtete die ihre, und zwar so, als ob sie sie von Anfang an besessen hätte. Ganz gleichgültig ist es, ob die Unwirksamkeit der korrespektiven Verfügung tatsächlicher oder rechtlicher Natur ist. So kann einer einer korrespektiven Verfügung eines gemeinschaftlichen Testamentes entgegenstehenden später errichteten letztwilligen Verfügung vom Testator dadurch Wirksamkeit verliehen werden, daß er nach ihrer Errichtung jene korrespektive gemäß § 2270 Abs. 1 Satz 1 formgerecht widerruft.[38])

---

33) A. a. O. S. 335 Anm. 18. Auch das Kammergericht hat sich der Ansicht Strohals angeschlossen, vgl. O. L. G. Rspr. 12, 368.

34) Vgl. Planck a. a. O.

35) § 2291.

36) G. A. Küntzel a. a. O. S. 607 Anm. 3. — A. A. Strohal a. a. O. S. 335 fg.

37) Anm. 3 zu § 2271, während er in Anm. 1 zu § 2302 ausdrücklich auch jeden einseitigen Verzicht auf das Widerrufsrecht als unvereinbar mit dem Grundsatze der Verfügungsfreiheit erklärt.

38) Vgl. Planck a. a. O.; Märcker, S. 193; P. Meyer, d. gem. Test. S. 50; Jastrow, Formularb. II S. 298. Bei letzterem ist es allerdings nicht recht ersichtlich, ob er auch ein vor dem Widerrufe oder nur ein zwischen Widerruf und seiner Zustellung errichtetes abänderndes Testament nachträglich wirksam werden lassen will.

14. Kapitel.

cc) Der Widerruf korrespektiver Verfügungen nach dem Tode eines der Gatten.

Während das römische Recht ebenso wenig wie ein gemeinschaftliches Testament überhaupt, so eine endgültige Bindung des überlebenden Ehegatten an seine korrespektiven Verfügungen nach dem Tode des anderen Teiles kannte, entwickelte sich im gemeinen Rechte durch Gewohnheitsrecht die Anschauung, daß mit der Annahme der Erbschaft des anderen Gatten der Ueberlebende das Recht verliere, seine korrespektiven Verfügungen zu widerrufen.[1]) Freilich hat diese Anschauung auch gewichtige Gegner gegen sich gehabt, die teils,[2]) verfehlterweise die römisch-rechtlichen Grundsätze auf das Institut anwendend, die uneingeschränkte Widerruflichkeit auch nach der Annahme des ihm Zugewendeten dem überlebenden Gatten zugestanden, teils[3]) aber im schroffen Gegensatze hierzu sich für die Unwiderruflichkeit des gemeinschaftlichen Testamentes, das korrespektive Verfügungen enthält, im ganzen Umfange — also nicht bloß bezüglich der korrespektiven Verfügungen selbst — aussprachen. Die Praxis hat sich bei weitem überwiegend der ersten Anschauung angeschlossen.[4]) Auch das Reichsgericht hat ständig an der vollen Bindung des Ueberlebenden an seine korrespektiven Verfügungen festgehalten.[5]) Man ging davon aus, daß es der Redlichkeit und Treue nicht entspräche, wenn der überlebende Gatte, anstatt bei dem stehen zu bleiben, was er mit dem verstorbenen in dessen Interesse über den gemeinsamen Nachlaß verfügt hatte, zwar die Vorteile sich zu nutze machte, hingegen der übernommenen Lasten sich entschlüge.

Ueber die juristische Konstruktion dieser vom sittlichen Bewußtsein unabweislich geforderten Bindung gingen die Meinungen allerdings stark auseinander.[6])

Auch das Allgemeine Landrecht[7]) bestimmte die Bindung des überlebenden Gatten, falls er die Erbschaft aus dem gemeinschaftlichen Testamente annähme. Hiernach also wurde die Wirkung der Bindung nicht dem Tode des zuerst versterbenden Gatten, sondern der

---

1) Vgl. Dernburg, Pandekten Bd. III § 94 Anm. 8; Fischer im Arch. f. Bürg. Recht Bd. 6 S. 85 und die bei Löwenwald a. a. O. S. 40 Anm. 8 Aufgeführten.

2) Vgl. vor allen Windscheid, Pandekten Bd. III § 568 Anm. 7, der die Unwiderruflichkeit als „unkonstruierbar" verwirft; aber auch die zahlreichen anderen bei Löwenwald a. a. O. S. 40 Anm. 7 Aufgeführten.

3) Vgl. Löwenwald a. a. O. S. 40.

4) Vgl. die Rechtsprechung bei Löwenwald S. 41 Anm. 12.

5) Vgl. R. G. 6, 174; 27, 150; 38, 217; 41, 619.

6) Vgl. Endemann, Bürg. R. III § 45 Anm. 20; Löwenwald a. a. O. S. 42 ffg.

7) II 1 § 492.

Annahme der von ihm gemachten Zuwendungen durch den überlebenden beigelegt, wie dies auch das Reichsgericht[8]) ausdrücklich ausgesprochen hat.

Auch für das Allgemeine Landrecht ist die Frage der Konstruktion sehr strittig gewesen.[9]) Die meines Erachtens richtige Ansicht führte für das gemeine sowie für das preußische Recht die Bindung auf einen stillschweigenden vertragsmäßigen Verzicht des Ueberlebenden auf sein Widerrufsrecht bezüglich der korrespektiven Verfügungen für den Fall der Annahme der ihm gemachten Zuwendung[10]) zurück.

Die Motive des ersten Entwurfes[11]) verwarfen mit ausführlicher Begründung[12]) die Unwiderruflichkeit auch bei Annahme des dem Ueberlebenden Zugewendeten.

Bei der Beratung der zweiten Kommission entbrannte um die Frage ein harter Kampf.[13]) Die Mehrheit beschloß im Hinblicke auf die geschichtliche Entwickelung, nach der die gemeinschaftlichen Testamente aus den Erbverträgen hervorgegangen sind, im Anschlusse an die diesbezüglichen für Erbverträge gültigen Vorschriften die Bindung des überlebenden Gatten an seine korrespektiven Verfügungen auszusprechen.

Während, wie ausgeführt, im früheren Rechte nach richtiger Ansicht die Bindung zugleich mit der Annahme der Zuwendung eintrat, ordnet das Bürgerliche Gesetzbuch[14]) die Wirkung der Korrespektivität nach dem Tode eines Gatten erheblich abweichend. Dies entspricht seinem Grundsatze von der Folge des Erbfalles: die Beerbung ist von einer Annahme der Erbschaft unabhängig, tritt vielmehr ipso iure mit dem Tode des Erblassers ein.[15]) Dieselbe Regelung hat das Vermächtnis erfahren, das gleichfalls mit dem Erbfalle ipso iure dem Bedachten anfällt.[16]) Folgerichtig konnte daher das Gesetz die Bindung nicht an die Annahme, der es sonst eine Wirkung nicht beimißt, knüpfen, mußte sie vielmehr schon beim Tode des zuerst versterbenden Gatten eintreten lassen: „das Recht zum Widerrufe erlischt mit dem Tode des anderen Gatten". Einen Schwebezustand kennt das Gesetz nicht. Das ihm verloren gegangene Widerrufsrecht kann sich der Ueberlebende allerdings wieder verschaffen, indem er das ihm vom Vorverstorbenen Zugewendete ausschlägt.

---

8) R. G. 31, 240.
9) Vgl. Löwenwald a. a. O.
10) Vgl. Eccius, Pr. Priv. R. IV § 257 Anm. 29 ffg.; Löwenwald a. a. O. S. 44.
11) S. 254 ffg.
12) Vgl. deren Kritik bei Löwenwald S. 46.
13) Vgl. Protok. S. 7382 ffg.
14) § 2271 Abs. 2.
15) § 1922.
16) § 2176.

Der große Unterschied zwischen dem Standpunkte des früheren Rechtes und dem des Bürgerlichen Gesetzbuches zeigt sich z. B. in dem praktischen Falle, daß der Ueberlebende, der eine von einer korrespektiven abweichende Verfügung getroffen hat, stirbt, ehe die Frist zur Ausschlagung des ihm Zugewendeten verstrichen ist,[17]) und ohne daß er die Erbschaft angenommen hat. Nach früherem Rechte wäre die neue Verfügung mangels bereits erfolgter Annahme wirksam gewesen; nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche ist ihr die Wirksamkeit abzusprechen. Von großer Wichtigkeit ist ferner der Unterschied für den Fall, daß der Ueberlebende nicht zum Erben des Erstverstorbenen eingesetzt, sondern mit einem Vermächtnisse bedacht ist. Hier entfällt die Rechtsvermutung, daß das Vermächtnis nach Versäumung einer Frist zur Ausschlagung als angenommen gilt. Nach früherem Rechte konnte daher der Ueberlebende bis zu seinem Tode jederzeit eine seine korrespektive Verfügung des gemeinschaftlichen Testamentes aufhebende letztwillige Verfügung wirksam treffen, falls er jenes Vermächtnis nicht ausdrücklich oder durch konkludente Handlung angenommen hatte. Heute ist er zur rechtswirksamen Errichtung einer von seiner korrespektiven abweichenden Verfügung nur imstande, wenn er das Vermächtnis gemäß § 2180 Abs. 2 B. G. B. ausgeschlagen hat.

Treffend faßt Planck[18]) den Unterschied: „Nach dem bisherigen Rechte ist die Bindung aufschiebend, nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche auflösend bedingt“.[19])

Es braucht nicht besonders betont zu werden, daß sich die Bindung auch auf das eigene Vermögen des Ueberlebenden erstreckt und auch auf dessen erst nach dem Tode des anderen Teiles gemachten Erwerb.[20]) Ueber die juristische Konstruktion der Bindung besteht auch für das Bürgerliche Gesetzbuch Streit. Das Gesetz selbst überläßt sie angemessenerweise der Wissenschaft. Für die dem Gesetz zu Grunde liegende Anschauung finden sich indessen Belege in den Materialien.[21]) Dort wird u. a. auch die Konstruktion vertreten, wonach die Bindung auf einem vertragsmäßigen Elemente beruhen soll. Dies dürfte indessen schwer mit dem schon erwähnten Grundsatze des § 2302 in Einklang zu bringen sein, wonach ein Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, eine Verfügung von Todes wegen nicht aufzuheben, nichtig ist. Meines Erachtens ist es verfehlt, die Vorschrift des § 2271 Abs. 2 überhaupt in irgend ein System einzwängen zu wollen. Sie stellt vielmehr eine Ausnahmevorschrift von der Regel der freien Widerruflichkeit letztwilliger Verfügungen dar, deren Grund in dem zwischen den Ehegatten bestehenden Treueverhältnisse zu

17) § 1944 B. G. B.
18) Anm. III zu § 2271.
19) Vgl. auch Goldmann a. a. O. S. 91.
20) Vgl. hierzu P. Meyer, D gem. Test. S. 81.
21) Vgl. Protok. S. 7390 und Denkschrift Seite 278.

suchen ist; mit diesem stände die Rücknahme der gemeinschaftlich getroffenen Verfügung im Widerspruche.[22])

Die Folge der Vorschrift des § 2271 Abs. 2 ist nicht etwa die, daß der überlebende Gatte mit dem Tode des anderen, soweit korrespektive Verfügungen in Betracht kommen, testierunfähig wird, ein abweichendes Testament also nichtig ist. Vielmehr ist ein solches Testament nur insoweit unwirksam, als ihm wirksame korrespektive Verfügungen des gemeinschaftlichen entgegenstehen. Es wird also in dem Augenblicke wirksam, in dem jene korrespektiven Verfügungen unwirksam werden, was z. B. durch den ohne Hinterlassung von Ersatzerben erfolgenden Tod des vor dem überlebenden Gatten sterbenden und für dessen Erbfall eingesetzten Dritten verursacht werden kann.

Ganz allgemein kann sich der Ueberlebende, wie wir bereits gesehen haben, die Fähigkeit zur wirksamen Errichtung eines abweichenden Testamentes dadurch zurückgewinnen, daß er das ihm vom Vorverstorbenen im gemeinschaftlichen Testamente Zugewendete ausschlägt. Nach dem soeben über die Folge des Widerrufsverlustes Gesagten ist ein vor der Ausschlagung errichtetes abweichendes Testament nicht nichtig, sondern nur gegenüber den korrespektiven Verfügungen des gemeinschaftlichen unwirksam; im Augenblicke der Ausschlagung wird es wirksam. Wie nun, wenn der Ueberlebende vor Ablauf der Ausschlagungsfrist mit Hinterlassung eines an sich gültigen abweichenden Testamentes stirbt, ohne das ihm Zugewendete tatsächlich ausgeschlagen und ohne es ausdrücklich oder stillschweigend angenommen zu haben? Zweifellos steht den Erben des zuletzt verstorbenen Gatten das Recht zu, das diesem im gemeinschaftlichen Testamente Zugewendete auszuschlagen.[23]) Es fragt sich nur, ob diese Ausschlagung durch die Erben bezüglich ihrer Wirkung auf das Aufhebungsrecht korrespektiver Verfügungen der durch den überlebenden Gatten selbst erfolgten gleichzustellen ist. Ich möchte die Frage verneinen. Einmal im Hinblicke auf den Wortlaut des Gesetzes, das dem Ueberlebenden die Aufhebungsbefugnis erteilt, wenn e r das ihm Zugewendete ausschlägt. Der Gesetzgeber hätte sicher einen anderen Wortlaut gewählt, wenn er der Ausschlagung durch den Erben dieselbe Wirkung hätte beilegen wollen;[24]) er hätte sich z. B. ebenso einfach und verständlich in der passiven Wendung: „wenn das ihm Zugewendete ausgeschlagen wird", ausdrücken können. Es sprechen aber auch innere Gründe für unsere Ansicht. Das Normale ist, daß der überlebende Ehegatte bei seiner korrespektiven Verfügung bleibt. Will er davon abgehen, so muß er selbst seinen unzweideutigen dahinzielenden Willen zum Ausdrucke bringen. Dies tut er nicht durch Errichtung eines zunächst unwirksamen abweichenden Testa-

---

22) So Frommhold, Erbrecht Anm. 2c zu § 2271.
23) §§ 1952, 2180 Abs. 3 B. G. B.
24) G. A. Staudinger-Herzfelder Anm. 3 B zu §§ 2270 und 2271; P. Meyer a. a. O. S. 55 Anm. 53; Goldmann bei Gruchot Bd. 48 S. 91.

mentes — denn vielleicht will er es zunächst noch in seiner Hand behalten, ihm durch Ausschlagung des ihm im gemeinschaftlichen Zugewendeten Wirksamkeit zu verleihen —, sondern nur durch die formgerechte Ausschlagung selbst. Die Entscheidung über diesen Willen kann man seinen Erben nicht zugestehen. Schließlich aber entstände auch, wollte man sich auf den gegenteiligen Standpunkt stellen, eine unlösbare Schwierigkeit für den praktisch wohl häufigsten Fall, daß der auf Grund des gemeinschaftlichen Testamentes und der auf Grund des neuen Testamentes berufene Erbe verschiedene Personen sind. Welcher von beiden soll dann das dem überlebenden Gatten Zugewendete mit jener Wirkung ausschlagen dürfen? Der nach dem neuen Testamente Berufene kann es nicht, weil ja seine Berufung erst durch die Ausschlagung Kraft gewinnen soll, jener aber entzöge sich, wenn seine Ausschlagung die Wirkung hätte, das gemeinschaftliche Testament unwirksam zu machen, mit der Ausschlagung die Legitimation zur Ausschlagung, da er ja dann garnicht Erbe des Ausschlagungsberechtigten geworden wäre.[25])

Nicht zugestimmt werden kann Strohal,[26]) der, meines Erachtens unbegründeterweise, einen Unterschied macht, ob die aufgehobene korrespektive Verfügung eine Erbeinsetzung ist oder nicht. In diesem Falle erklärt er die Aufhebungsanordnung für wirksam, wenn der Erbe des überlebenden Gatten die Zuwendung des vorverstorbenen ausschlägt, im anderen Falle nimmt er an, daß die korrespektive Verfügung des überlebenden mit der Folgewirkung als aufgehoben anzusehen ist, daß auch die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen in sich zusammenfällt. Nach seiner Ansicht geht der Sinn des Gesetzes lediglich dahin, die Wirksamkeit der vom überlebenden Gatten ausgesprochenen Aufhebungserklärung von dem Nichteintritt des Erwerbes auf Grund der Verfügung des vorverstorbenen abhängig zu machen. Dieser Sinn müsse, so meint Strohal, bei der Lücke, die der Wortlaut des Gesetzes hier lasse, als ausschlaggebend für die Entscheidung angenommen werden; als letzter Wille des vor Schlüssigwerden über die Ausschlagung sterbenden Ehegatten müsse seine Aufhebungserklärung angesehen werden. Diese Beweisführung Strohals vermag meines Erachtens die oben dargelegten Bedenken nicht zu beseitigen.

Wenn der überlebende Ehegatte in dem gemeinschaftlichen Testamente garnicht bedacht ist, sondern beide Gatten nur zu Gunsten dritter Personen Verfügungen getroffen haben, so fragt es sich, ob durch den Tod des anderen Gatten der überlebende unbedingt für immer das Aufhebungsrecht für jene korrespektiven Verfügungen verloren hat, oder ob er es in analoger Anwendung des Gesetzes dadurch wiedergewinnt, daß der bedachte Dritte das ihm Zugewendete ausschlägt. Die Frage dürfte grundsätzlich im Sinne der zweiten Alter-

25) Vgl. Planck Anm. IV 1a zu § 2271; P. Meyer a. a. O.
26) A. a. O. S. 338 ffg.

native zu entscheiden sein. Die neue abändernde Verfügung ist, wie wiederholt betont, nur unwirksam gegenüber der wirksamen korrespektiven. Fällt also deren Wirksamkeit durch Ausschlagung des Zugewendeten seitens des bedachten Dritten fort, so wird das neue Testament wirksam.[27])

Wenn der überlebende Ehegatte Erbe des zuerst verstorbenen nicht auf Grund einer von diesem getroffenen Verfügung, sondern lediglich auf Grund der gesetzlichen Erbfolge geworden ist, so wird man zu unterscheiden haben, ob die Nichteinsetzung eines anderen Erben seitens des Erstverstorbenen als korrespektiv anzusehen ist, mit einer Verfügung des Ueberlebenden zu Gunsten eines jenem nahestehenden Dritten, oder ob die Belassung bei der gesetzlichen Erbfolge mit einer Verfügung des Ueberlebenden besagter Art nicht korrespektiv ist, das Verhältnis der Korrespektivität vielmehr zwischen dieser Verfügung und einer ausdrücklichen des Erstverstorbenen besteht. Im ersten Falle wird man die Vorschrift des § 2271 Abs. 2 analog anwenden müssen, während man im zweiten Falle der Ausschlagung des gesetzlichen Erbteiles einen Einfluß auf die Aufhebungsbefugnis des überlebenden Gatten unmöglich einräumen kann.[28])

Hiermit in einem gewissen Zusammenhange steht die Frage, ob der Ueberlebende, der durch korrespektive Verfügung des Vorverstorbenen zur Erbfolge berufen und durch Ausschlagung des ihm dadurch Zugewendeten gesetzlicher Erbe des Vorverstorbenen geworden ist, auch das ihm durch die gesetzliche Erbfolge Zugefallene ausschlagen muß, um seine korrespektiven Verfügungen aufheben zu dürfen. Grundsätzlich ist meines Erachtens nach dem klaren Wortlaute des Gesetzes dem überlebenden Gatten die Aufhebungsbefugnis zuzusprechen, wenn er lediglich das ihm durch die Verfügung des vorverstorbenen Zugewendete ausschlägt;[29]) man wird auch im Regelfalle als Willen des Erstverstorbenen annehmen können, dem Ueberlebenden, ganz abgesehen von einer Verfügung desselben zu Gunsten

---

27) G. A. Frommhold, Erbrecht Anm. 3b zu § 2298 am Ende; Hellwig, Verträge S. 649; Dernburg, d. Erbr. § 94 VI 4; Zetzsche, Vertragsähnl. im korr. Test. S. 66. — A A. Planck, Anm. IVb zu § 2271; Strohal a. a. O. S. 341; Martens a. a. O. S. 48, dieser im Widerspruche zu seiner S. 47 dargelegten Ansicht, wonach er sehr wohl dem Erben des Ueberlebenden, also gleichfalls einem Dritten, bezüglich des dem Ueberlebenden Zugewandten die Ausschlagungsbefugnis mit Wirkung auf die korrespektiven Verfügungen beimißt. — A. A. auch P. Meyer, a. a. O. S. 54, Anm. 49, lediglich unter Bezugnahme auf den Wortlaut des Gesetzes, der m. E. der im Texte vertretenen Ansicht nicht entgegensteht.

28) Vgl. Planck Anm. IVb zu § 2271.

29) A. A. P. Meyer, a. a. O. S. 55 und Zetzsche, a. a O. S. 66. Sie verlangen die Prüfung, ob der vorverstorbene Ehegatte es lediglich mit Rücksicht auf eine entsprechende Verfügung des überlebenden bei der gesetzlichen Erbfolge belassen hat, und versagen im Falle der Bejahung dieser Frage das Widerrufsrecht, wenn nicht der überlebende Ehegatte auch den gesetzlichen Erbteil ausschlägt.

einer ihm nahestehenden Person, wenigstens den gesetzlichen Erbteil zugewendet zu wissen.[30])

Ist eine Verfügung des Erstverstorbenen zu Gunsten des Ueberlebenden und zu Gunsten eines Dritten mit einer Verfügung des Ueberlebenden korrespektiv, so entsteht die Frage, ob der Ueberlebende auch hier durch die Ausschlagung des ihm Zugewendeten allein die Aufhebungsbefugnis wieder erlangt, oder ob dazu auch eine Ausschlagung des Dritten bezüglich des diesem Zugewendeten erforderlich ist. Die Frage dürfte im Sinne der ersten Alternative zu entscheiden sein.[31]) Dafür spricht der Wortlaut der Vorschrift des § 2271 Abs. 2, und auch der ihr offenbar zu Grunde liegende Gedanke steht nicht entgegen: das durch den Tod des erstverstorbenen Gatten erloschene Widerrufsrecht soll wieder aufleben, wenn der überlebende will, daß auch die von jenem korrespektiv getroffenen Verfügungen nicht zur Ausführung kommen sollen.[32]) Strohal[33]) will unterschieden wissen, ob der Verfügung zu Gunsten des Dritten wesentliche Bedeutung zuzuschreiben, oder ob sie im Verhältnisse zur Zuwendung an den überlebenden Gatten von nebensächlichem Belange ist; im ersteren Falle sei die Frage zu verneinen, im letzteren zu bejahen. Für die grundsätzliche Entscheidung unserer Frage dürfte der Unterschied bedeutungslos sein; denn im letzteren Falle muß meines Erachtens die Korrespektivität der Verfügung zu Gunsten des Dritten überhaupt verneint werden.

Schlägt also der Ueberlebende aus, so kann er seine Verfügung auch in diesem Falle abändern.[34]) Die Verfügung des Vorverstorbenen zu Gunsten des Dritten wird dadurch nicht von selbst unwirksam. Wie bereits hervorgehoben, tritt diese unmittelbare Unwirksamkeit einer Verfügung nur als Folge des Widerrufs oder der Nichtigkeit einer mit ihr im Verhältnisse der Korrespektivität stehenden ein, nicht aber als Folge von deren anders begründeten Unwirksamkeit. Jene Verfügung zu Gunsten des Dritten kann also nur gemäß § 2078 B. G. B. angefochten werden.[35]) Die infolge der erfolg-

30) G. A. Cosack a. a. O. § 360 IV 3c. — Teilweise a. A. ist Strohal a. a. O. S. 342 fg., der auch die Ausschlagung des gesetzlichen Erbteils für den Fall verlangt, daß dieser seiner Höhe nach dem dem Ueberlebenden korrespektiv Zugewendeten gleichkommt.

31) Zum gleichen Ergebnisse kommen Cosack a. a. O. und P. Meyer a. a. O. S. 56 Anm. 56.

32) Vgl. Planck a. a. O.; Proske, Unterschiede S. 47 ffg.

33) A. a. O. S. 341.

34) A. A. Hellwig a. a. O. S. 649, der verlangt, daß beide Zuwendungen ausgeschlagen werden, um das Aufhebungsrecht wieder aufleben zu lassen.

35) A. A. Cosack a. a. O. § 360 IV 3c, der die Zuwendung an den Dritten von selbst hinfällig werden läßt. — A. A. auch Strohal, a. a, O. S. 342, wonach die Verfügung zu Gunsten des Dritten nach rückwärts hin nur dann als unwirksam zu behandeln ist, wenn sich beim Tode des Ueberlebenden herausstellt, daß dieser seine korrespektive Verfügung tatsächlich aufgehoben hat. So auch P. Meyer a. a. O. S. 56, Anm. 57.

reichen Anfechtung eintretende Nichtigkeit ist selbstverständlich dauernd und kann nicht durch einen Widerruf der Aufhebungsverfügung seitens der Ueberlebenden beseitigt werden.

Die Vorschrift des § 2271 Abs. 2 bezieht sich nur auf die Ausschlagung von Zuwendungen[36]) aus dem gemeinschaftlichen Testamente. Denn nur Verfügungen eines solchen können, wie wir gesehen haben, zueinander im Verhältnisse der Korrespektivität stehen. Sind dem Ueberlebenden von dem Erstverstorbenen sonst letztwillig Zuwendungen gemacht worden, so beeinflußt deren Nichtausschlagung nicht die Aufhebungsbefugnis des Ueberlebenden. Aber auch diese letztwilligen Verfügungen außerhalb des gemeinschaftlichen Testamentes können infolge der Aufhebung einer Verfügung des gemeinschaftlichen Testamentes gemäß § 2078 B. G. B. anfechtbar werden.[37])

Strittig ist, ob das Gesetz unter der Aufhebung in der zur Besprechung stehenden Vorschrift auch den Widerruf versteht. Die Einen[38]) sind der Ansicht, daß nur die Aufhebung der korrespektiven Verfügung durch ein neues Testament abweichenden Inhalts dem Ueberlebenden gestattet sei, nicht aber ein bloßer Widerruf. Die Anderen[39]) wollen das Wort „aufheben" in dem weiteren Sinne gebraucht wissen wie in der Ueberschrift zum 7. Titel des 3. Abschnittes — „Errichtung und Aufhebung des Testamentes" — und wie im § 2255. Diese Ansicht ist richtig. Es besteht kein Grund, warum man dem Ueberlebenden zwar die Befugnis zur Aufhebung seiner Verfügung durch eine neue abändernde gegeben, hingegen die Aufhebung ohne eine solche genommen haben sollte. Weder sprachlich noch nach der der Vorschrift zu Grunde liegenden Anschauung läßt sich jene enge Auslegung des Wortes rechtfertigen. Praktisch wird die hier besprochene Frage, wenn der überlebende Gatte wegen Geistesschwäche, Verschwendung oder Trunksucht entmündigt ist. Es ist nicht ersichtlich, warum ihm zwar zu Lebzeiten beider Gatten, nicht aber nach dem Tode des anderen der Widerruf gestattet sein sollte, wie es nach der Anschauung der Gegner der Fall wäre.[40])

Erfolgen kann die Aufhebung in derselben Weise wie ein einseitiger Widerruf nichtkorrespektiver Verfügungen, also durch Widerrufstestament, durch Vernichtung oder Veränderung der Testamentsurkunde gemäß § 2255,[41]) durch die Errichtung eines Testamentes

36) Daß es sich nur um korrespektive Verfügungen handeln kann, ist selbstverständlich; vgl. P. Meyer, a. a. O. S. 56, Anm. 54.

37) Vgl. Planck a. a. O.

38) Vgl. Cosack a. a. O. S. 360 IV 3c.

39) Vgl. Planck Anm. IV 1c zu § 2271; Jastrow, Formularbuch II, S. 296; Strohal a. a. O. S. 337, Anm. 22.

40) Vgl. Cosack a. a. O.

41) A. A. Planck Anm. IV 1c zu § 2271 mit Rücksicht auf § 2272 B. G. B. Mit P. Meyer a. a. O. S. 54 kann dem nicht beigestimmt werden; es ist immerhin möglich, daß versehentlich dem Ueberlebenden das gemeinschaftliche Testament zurückgegeben wird; warum soll er dann nicht gemäß § 2255 seine Verfügung aufheben dürfen?

abweichenden Inhaltes und schließlich durch einen Erbvertrag gemäß § 2289.[42])

Bei Geschäftsunfähigkeit muß und bei beschränkter Geschäftsfähigkeit kann die Ausschlagung des dem überlebenden Gatten Zugewendeten während dieses Zustandes durch seinen gesetzlichen Vertreter erfolgen. Unterläßt dieser die Ausschlagung innerhalb der Frist des § 1945, so kann die Aufhebungsbefugnis nicht wieder erlangt werden.[43])

Trotz der Annahme des ihm Zugewendeten ist dem Ueberlebenden die Aufhebung seiner[44]) korrespektiven Verfügungen kraft positiver Vorschrift[45]) gestattet, wenn der in dem gemeinschaftlichen Testamente durch jene korrespektive Verfügung bedachte Dritte sich einer Verfehlung schuldig macht, die den überlebenden Gatten zur Entziehung des Pflichtteils berechtigt, oder falls der Bedachte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten gehört, zu der Entziehung berechtigte, wenn er sein Abkömmling wäre.[46]) Diese Vorschrift hat der Gesetzgeber aus dem preußischen Rechte übernommen, wo sie sich zwar nicht im Allgemeinen Landrechte ausdrücklich ausgesprochen fand, ihre Geltung indessen von Theorie und Praxis anerkannt wurde.[47]) Ihr liegt die Anschauung zu Grunde, daß der verstorbene Ehegatte ein pflichtmäßiges Verhalten des Bedachten stillschweigend vorausgesetzt habe.

Fraglich kann es nur sein, ob die Aufhebung der korrespektiven Verfügung des überlebenden Ehegatten in diesem Falle die entsprechende Verfügung des Verstorbenen unwirksam macht. Man wird die Frage getrost verneinen können, auch für den Fall, daß die korrespektive Verfügung des Verstorbenen eine dem Ueberlebenden gemachte und von ihm angenommene Zuwendung zum Inhalte hatte. Denn es liegt der Vorschrift offenbar die Annahme zu Grunde, daß die Ehegatten für den von ihr betroffenen Fall ihre Verfügungen nicht als korrespektiv angesehen haben wollten. Man wird daher, um die Vorschrift des § 2270 Abs. 1 anwenden zu können, verlangen müssen, daß der Wille der Korrespektivität auch für diesen Fall ausdrücklich ausgesprochen oder zweifellos ersichtlich sei.

42) Vgl. P. Meyer, a. a. O. S. 54.

43) Vgl. Planck Anm. IV 1 d zu § 2271; Strohal a. a. O. S. 337, Anm. 23; P. Meyer a. a. O. S. 55, Anm. 51.

44) Nicht beizustimmen vermag ich der Ansicht Eck-Leonhards, Vortr. Bd. 3, S. 180, wonach im Falle des § 2271 Abs II der Ueberlebende das ganze Testament, nicht nur seine eigenen Verfügungen aufheben kann. Darauf soll nach ihrer Ansicht die Wahl des Wortes „Aufheben“ anstatt „Widerrufen“ hindeuten. M. E. kann stets nur der Erblasser selbst seine Verfügungen aufheben, nie ein anderer. — Die im Texte vertretene Ansicht wird auch von P. Meyer a. a. O. S. 57 Anm. 58, geteilt.

45) § 2271, Abs. II, S. 2 B. G. B.

46) §§ 2296, 2336 B. G. B.

47) Vgl. Dernburg, Preuß. Priv.-Recht III § 184, Anm. 19; R. G. 22, 276.

Nur solche Verfehlungen können bei Anwendung der Vorschrift des § 2271 Abs. 2 Satz 2 in Betracht kommen, die der bedachte Dritte nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes begangen hat. Eine frühere Verfehlung, die auch nur einem der beiden Gatten bei Errichtung bekannt war, begründet keinerlei Aufhebungsrechte. War sie hingegen keinem der Gatten damals bekannt, so kann sie nur ein Anfechtungsrecht gemäß § 2084 begründen.[48])

Der seine korrespektive Verfügung Aufhebende muß sich der Form des § 2336 bedienen, nämlich der letztwilligen Verfügung unter Angabe des Grundes der Aufhebung. Die einzelnen Fälle der Aufhebungsbefugnis sind in den §§ 2233 bis 2235 erschöpfend aufgezählt. Gehört der bedachte Dritte nicht zu den Pflichtteilsberechtigten, so kommt nur der § 2233 in Betracht.

Da gemäß der Auslegungsregel des § 2269 die sich auf den gemeinschaftlichen Nachlaß beziehenden Verfügungen des erstversterbenden Ehegatten mit seinem Tode wirkungslos werden, so beruht die Zuwendung aus dem beiderseitigen Nachlasse nur noch auf der Verfügung des Ueberlebenden, so daß dieser in der Tat gegebenenfalls in der Lage ist, dem bedachten Dritten auch das ihm aus dem Nachlasse des Vorverstorbenen Zugewendete zu entziehen.[49]) Sollte die Auslegungsregel in einem konkreten Falle nicht zur Anwendung kommen und der Erstverstorbene als Erblasser des erbunwürdigen Dritten zu gelten haben, so wird auch eine von ihm dem Dritten gemachte Zuwendung durch die Aufhebungsverfügung des Ueberlebenden nicht berührt.[50])

Schließlich sei noch bemerkt, daß aus dem Zitate des § 2336 folgt, daß der Grund zur Aufhebung im Augenblicke der Errichtung der aufhebenden Verfügung bestehen muß, daß er von demjenigen bewiesen werden muß, der sich auf die Aufhebung beruft, und daß die Aufhebung, die erfolgt, weil der Bedachte einen ehrlosen oder unsittlichen Lebenswandel führt, unwirksam ist, wenn sich der Bedachte zur Zeit des Todes des überlebenden Ehegatten von diesem Lebenswandel dauernd abgewendet hat.

Es ist den Ehegatten unbenommen, eine von den Vorschriften des § 2271 Abs. 2 abweichende Regelung ihrer Rechte nach dem Tode eines von ihnen im gemeinschaftlichen Testamente zu treffen. Sie können dem Ueberlebenden von ihnen die Aufhebungsbefugnis bezüglich seiner Verfügungen auch nach Annahme des ihm korrespektiv Zugewendeten vorbehalten. Dies schließt nicht etwa die Korrespektivität solcher Verfügungen aus, und es treten bei Lebzeiten beider Gatten oder im Falle der Nichtaufhebung seitens des Ueberlebenden alle Folgen der Korrespektivität ein. Es ist sehr wohl denkbar, daß

---

48) Vgl. Planck Anm. IV 2 zu § 2271 u. Anm. 2 zu § 2294; Staudinger-Herzfelder Anm. III b zu § 2270,71; Schiffner, Erbvertrag S. 178.
49) Vgl. Löwenwald a. a. O. S. 49, 51 fg.

zwar der eine Ehegatte seine Verfügungen nicht ohne die des anderen getroffen haben würde, für die Zeit nach seinem Tode aber es dem anderen vertrauensvoll überläßt, auch aus anderen als den im Gesetze vorgesehenen Gründen neue, etwa veränderten Verhältnisse angepaßte, Verfügungen zu treffen.[51]) In der Praxis wird häufiger die Bestimmung im gemeinschaftlichen Testamente vorkommen, daß der Ueberlebende nur bei dem Eintritte gewisser Voraussetzungen an seine korrespektiven Verfügungen nicht mehr gebunden sein soll; unter gleichzeitiger anderweiter Regelung der Verhältnisse für den Eintritt eines solchen Falles. Besonders wird oft die Möglichkeit der Wiederverheiratung des Ueberlebenden in Betracht gezogen werden.[52])

Auch durch einseitige letztwillige Verfügung kann der zuerst versterbende Ehegatte die Bindung des überlebenden ausschließen.[53])

Stirbt der bedachte Dritte vor dem überlebenden Ehegatten, ohne Ersatzerben zu hinterlassen, so wird, wie wir bereits erörtert haben, die Verfügung zu seinen Gunsten natürlich unwirksam und kann einer wirksamen Neuerrichtung oder dem Wirksamwerden einer bereits errichteten abändernden Verfügung seitens des Ueberlebenden nicht mehr entgegenstehen.[54]) Es wird dadurch die korrespektive Verfügung des vorverstorbenen Gatten zu Gunsten des überlebenden oder eines diesem Nahestehenden nicht etwa unwirksam; denn es kann die Unwirksamkeit jener Verfügung nicht als Nichtigkeit bezeichnet werden.[55])

Sehr zweifelhaft ist die Frage, ob der überlebende Gatte trotz Annahme des ihm Zugewendeten seine korrespektiven Verfügungen gemäß §§ 2078, 2079 anfechten kann. Nach den allgemeinen Vorschriften des Testamentsrechtes ist der Erblasser selbst zur Anfechtung seiner letztwilligen Erklärungen nicht befugt. Beim einfachen Testamente bedarf er des Anfechtungsrechtes auch garnicht, da ihm ja der jederzeitige Widerruf offen steht und die letztwillige Verfügung ja ihre Wirkung erst nach dem Tode des Erblassers äußert. Anders beim gemeinschaftlichen Testamente, wo der überlebende Gatte durch den Tod des anderen seines Widerrufsrechtes verlustig geht. Zweifellos ist die Sachlage der des Erbvertrages hier ganz ähnlich; bei diesem hat das Gesetz dem Erblasser selbst das Anfechtungsrecht gegeben. Zur Aufnahme einer solchen Vorschrift lägen für das gemeinschaftliche Testament dieselben Gründe vor. Es ist auch zweifellos richtig, daß grundsätzlich der Gesetzgeber die Bindung aus

---

50) Vgl. Strohal a. a. O. S. 343.

51) Vgl. Planck, Anm. IV 3a zu § 2271; Maercker a. a. O. S. 190; P. Meyer a. a. O. S. 52 ffg. und die dort Anm. 45 Aufgeführten. — A. A. Rehbein, Entsch. d. Ob. Trib. IV S. 322.

52) Vgl. Planck a. a. O.; P. Meyer a. a. O.

53) Vgl. Strohal a. a. O. S. 344 bb.

54) Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 58 und die dort Anm. 60 Aufgeführten.

55) A. A. Dernburg, D. Erbr. S. 262.

dem gemeinschaftlichen Testamente nicht hat fester machen wollen, als die aus dem Erbvertrage, und daß dieser jenem in vielen Punkten als Vorbild gedient hat. Trotz aller dieser Gesichtspunkte kann bei dem Fehlen jeglicher Vorschrift für diesen Fall nicht über die allgemeinen Vorschriften des Testamentsrechtes hinweggegangen werden, unter dessen Rubrik das gemeinschaftliche Testament geregelt ist. Man wird meines Erachtens dem überlebenden Ehegatten das Anfechtungsrecht zu versagen haben.[56])

Als Ausnahme gestattet der 3. Absatz des § 2271 solche einseitige Verfügungen eines Ehegatten, durch die er, abweichend von seiner korrespektiven Verfügung, einen pflichtteilsberechtigten Abkömmling beider Gatten oder auch nur eines mit der sogenannten exheredatio bona mente gemäß § 2338 belastet. Eine solche Belastung besteht darin, daß das Pflichtteilsrecht eines Abkömmlings, der sich in einem solchen Maße der Verschwendung ergeben hat oder in einem solchen Maße überschuldet ist, daß sein späterer Erwerb erheblich gefährdet wird, durch die Anordnung beschränkt wird, daß nach dem Tode dieses Abkömmlings dessen gesetzliche Erben das ihm Hinterlassene oder den ihm gebührenden Pflichtteil als Nacherben oder als Nachvermächtnisnehmer nach dem Verhältnisse ihrer gesetzlichen Erbteile erhalten sollen und gegebenenfalls für die Lebenszeit des Abkömmlings die Verwaltung einem Testamentsvollstrecker übertragen wird, während der Abkömmling nur auf den jährlichen Reinertrag Anspruch hat. Eine solche Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht kann also jeder Ehegatte einem seiner oder beider Abkömmlinge, aber auch einem Abkömmlinge nur des anderen Gatten auferlegen, vorausgesetzt natürlich, daß er selbst durch eine korrespektive Verfügung jenem Pflichtteilsberechtigten etwas zugewendet hat und die Voraussetzungen des § 2238 vorliegen.

Auch hier hat die neue abändernde Verfügung keinen Einfluß auf den Bestand der entsprechenden Verfügung des verstorbenen Gatten, aus den soeben anläßlich der Aufhebung wegen Erbunwürdigkeit des bedachten Dritten erörterten Gründen.

Abgesehen von der durch die positive Vorschrift des § 2271 Abs. 3 getroffenen Ausnahme sind dem überlebenden Gatten Beschränkungen und Beschwerungen des bedachten Dritten, wie bereits oben — S. 67 fg. — ausgeführt, nur dann gestattet, wenn sie den Willen des Verstorbenen nicht vereiteln.

---

56) G. A. Sengteller, d. gem. Test. S. 85. — A. A. Planck, Anm. IV 3d zu § 2271; Strohal a. a. O. S. 338; Hellmann a. a. O. S. 225; Endemann a. a. O. § 45 Anm. 25; Maercker a. a. O. S. 195; Staudinger-Herzfelder Anm. 5 zu §§ 2270 und 2271; Meyer, a. a. O. S. 55 Anm. 44b; Zetzsche, Vertragsähnl. i. korr. Test. S. 53 ffg.; Matthiaß, a. a. O. S. 426. Dieser will offenbar das Anfechtungsrecht schon bei Lebzeiten beider Gatten dem Erblasser selbst geben.

Ueber die Frage, ob und inwieweit der überlebende Gatte in seiner Befugnis, über den Nachlaß des verstorbenen unter Lebenden zu verfügen, beschränkt ist, ist bereits ausführlich oben — S. 44 fg. — gesprochen. Ueber sein eigenes, nicht aus dem Nachlasse des anderen Teiles stammendes Vermögen kann er natürlich auch nach dessen Tode unter Lebenden völlig frei verfügen.[57]) Hierin kann er auch durch keine Bestimmung des gemeinschaftlichen Testamentes beschränkt werden, da einer solchen Beschränkung die Vorschrift des § 137 B. G. B. entgegensteht, die die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht für nicht durch Rechtsgeschäft ausschließ- oder beschränkbar erklärt. Enthält die letztwillige Verfügung des verstorbenen Gatten im gemeinschaftlichen Testamente eine dahingehende Anordnung, so kann dieser nur die Kraft einer negativen Potestativbedingung[58]) beigelegt werden.[59])

Zum Schlusse sei noch auf die Uebergangsvorschrift des Art. 214 Abs. 2 E. G. B. G. B. hingewiesen, wonach die Bindung der Ehegatten bei einem gemeinschaftlichen Testamente nach den bisherigen Gesetzen beurteilt wird, sofern das Testament vor dem Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches, dem 1. Januar 1900, errichtet ist.[60])

V. Das Verhältnis des gemeinschaftlichen Testamentes zu den nach seiner Errichtung entstandenen Pflichtteilsrechten.

15. Kapitel.

Gegen beide Gatten können nach Errichtung des gemeinschaftlichen Testamentes Pflichtteilsrechte begründet werden, sei es zu Lebzeiten beider gegen beide — durch spätere Geburt ehelicher Kinder und durch gemeinschaftliche Annahme an Kindesstatt — oder nur gegen einen — durch einseitige Annahme an Kindesstatt und durch die Geburt unehelicher Kinder seitens der Frau —, sei es nach dem Tode eines Gatten — durch Wiederverheiratung, Geburt von Kindern in der neuen Ehe, Annahme an Kindesstatt und schließlich durch Geburt unehelicher Kinder seitens der Witwe.

Hinterläßt der erstversterbende Gatte solche Pflichtteilsberechtigte, so können diese entweder gegen seine Erben ihren Pflichtteils-

57) A. A. Strohal a. a. O. S. 345, der auch bezüglich des eigenen Vermögens des Ueberlebenden die §§ 2287, 2288 entsprechend angewendet wissen will.
58) § 2075 B. G. B.
59) Vgl. Planck Anm. VII zu § 2271.
60) Vgl. P. Meyer a. a. O. S. 46 Anm. 19 und die dort angeführte Praxis.

anspruch geltend machen — dies kann für den Erben des überlebenden Gatten unter Umständen einen Grund zur Anfechtung von dessen korrespektiven Verfügungen ergeben, nicht aber, wie Strohal[1]) meint, auch für den Ueberlebenden selbst[2]) — oder sie können die Verfügungen des Erstverstorbenen anfechten; dann werden natürlich auch die korrespektiven Verfügungen des Ueberlebenden gemäß § 2270 Abs. 1 unwirksam, so daß dieser seine Aufhebungsbefugnis wiedererlangt.

Entstehen gegen den Ueberlebenden Pflichtteilsrechte, so werden diese durch das gemeinschaftliche Testament nicht berührt. Denn nur die willkürliche Aufhebung einer korrespektiven Verfügung durch den überlebenden Gatten wird durch die Vorschriften des § 2271 Abs. 2 ausgeschlossen; wohl aber können Ereignisse eintreten, die unabhängig vom Willen des Erblassers nach allgemeinen Rechtssätzen dessen letztwillige Verfügungen ganz oder teilweise entkräften.[3]) Die gegen den überlebenden Gatten Pflichtteilsberechtigten können daher gleichfalls einmal nach seinem Tode gegen seinen nach dem gemeinschaftlichen Testamente berufenen Erben ihre Pflichtteilsansprüche geltend machen.[4]) Ihr Pflichtteil berechnet sich dann natürlich gemäß § 2269 nach dem Gesamtnachlasse.[5]) Sie können aber auch gemäß § 2079 die Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes, die vom Ueberlebenden herstammen, anfechten. In diesem Falle werden nach § 2270 sämtliche korrespektiven Verfügungen des gemeinschaftlichen Testamentes unwirksam.[6]) Damit fallen die beiden Nachlässe der Ehegatten wieder auseinander, und es tritt nach Beiden die gesetzliche Erbfolge ein. Oft wird dies zu äußerst verwickelten und weitläufigen Auseinandersetzungen führen, denen indessen durch geeignete Verfügungen vorgebeugt werden kann.[7]) Dem überlebenden Gatten selbst kann auch hier ein Anfechtungsrecht nicht beigemessen werden.[8])

1) A. a. O. S. 346 II.

2) Vgl. die Ausführungen S. 84 fg. d. A.

3) Vgl. Planck Anm. VIII zu 2271; Eck-Leonhard, Vortr. Bd. 3 S. 181.

4) §§ 2303 ffg. 2317.

5) A. A. Eck-Leonhard a. a. O. S. 182, die den Pflichtteil nur nach dem eigenen, nicht aus dem Nachlasse des anderen Gatten herstammenden Vermögen des Ueberlebenden berechnen wollen. Sie finden selbst die Folge bedenklich, daß der Ueberlebende dann z w e i Nachlässe hätte, je nachdem es sich um seine Pflichtteilsberechtigten oder um den Dritten im gemeinschaftlichen Testamente Eingesetzten handelt.

6) Vgl. Planck a. a. O. und Anm. 3 zu § 2079.

7) Vgl. dazu das Nähere bei Planck a. a. O. und bei P. Meyer a. a. O. S. 53 Anm. 44b, sowie den weiteren dort Aufgeführten.

8) G. A. Eck-Leonhard, Vortr. Bd. 3 S. 182 Anm. 2.

VI. Die formellrechtlichen Ausnahmevorschriften, soweit sie sich nicht auf die Errichtung und Aufhebung des Testamentes beziehen.

16. Kapitel.

1. Die Rückgabe des gemeinschaftlichen Testamentes aus der amtlichen Verwahrung.

Nach § 2256 kann der Erblasser jederzeit die Rückgabe seines in amtliche Verwahrung genommenen Testamentes verlangen, mag es sich um ein öffentliches oder ein privatschriftliches handeln. Für das gemeinschaftliche Testament stellt das Gesetz im § 2273 das besondere Erfordernis der Rücknahme durch beide Ehegatten auf. Die Vorschrift ist so zu verstehen, daß das Testament nur an beide Ehegatten auf deren übereinstimmenden Antrag ausgehändigt werden darf. Ueber die materielle Wirkung der Herausgabe ist im anderen Zusammenhange — S. 62 ffg. — gesprochen; hier soll nur die formelle Seite behandelt werden.

Die Ehegatten müssen zum Zwecke der Rücknahme persönlich und gleichzeitig erscheinen. Ist einem von ihnen das Erscheinen an Gerichtsstelle wegen Krankheit oder Gebrechlichkeit nicht möglich, so muß die Herausgabe an dem Orte erfolgen, wo er sich aufhält (Wohnung, Krankenhaus oder dergl.). Auch ein anderes Gericht als das Verwahrungsgericht kann auf dessen Ersuchen im Wege der Rechtshilfe die Aushändigung bewirken.

Eine Stellvertretung, auch nur in der Entgegennahme, ist unzulässig.[1]) Das ergibt sich aus der Fassung des § 2256 Abs. 2 Satz 2 im Gegensatze zu A. L. R. I 12 § 571, wo die Rückgabe auch an einen gerichtlich bestellten Bevollmächtigten zugelassen ist.

Nach dem Tode eines Ehegatten kann ein gemeinschaftliches Testament nicht mehr zurückgenommen werden.[2]) Auch der Ueberlebende, der das ihm Zugewendete ausschlägt, kann die Rückgabe nicht verlangen, obwohl er nach § 2271 Abs. 2 nicht mehr an sein Testament gebunden ist. Denn das gemeinschaftliche Testament kann Verfügungen enthalten, die infolge ihres nichtkorrespektiven Charakters von der Aufhebung der korrespektiven Verfügungen des Ueberlebenden nicht beeinflußt werden, ganz abgesehen davon, daß ja die Rücknahme des gemeinschaftlichen Testamentes seitens des einen Ehegatten niemals die Wirkung des Widerrufes haben kann, also trotz der Rücknahme das gemeinschaftliche Testament in seinem ganzen Umfange, auch be-

1) G. A. Märcker, Nachlaßbeh. S. 92; Neumann, Handausg. des B. G. B. Anm. 1 2b zu § 2256; Planck Anm. 4b zu § 2256 und Anm. 1 zu § 2273 — A. A. Strohal a. a. O. S. 315a und Anm. 14.

2) Vgl. P. Meyer, D. gem. Test. S. 40 Anm. 20 und die dort Aufgeführten.

züglich der Verfügungen des Antragstellers, bestehen bleibt. Ferner kann man nicht dem einen Erblasser die Befugnis zusprechen, die letztwilligen Verfügungen des anderen, die dieser der amtlichen Verwahrung anvertraut hat, einseitig aus ihr zu entfernen. Für das bereits eröffnete Testament schließlich widerspräche seine Rückgabe der Vorschrift des § 2264 in Verbindung mit den Motiven Band V Seite 308 a. E., wonach die Urschrift eines eröffneten Testamentes überhaupt nicht aus der gerichtlichen Verwahrung an Privatpersonen ausgehändigt werden darf.[3])

17. Kapitel.

2. Die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testamentes.

Der Tatsache Rechnung tragend, daß in einem gemeinschaftlichen Testamente eigentlich zwei Testamente verschiedener Erblasser enthalten sind, hat das Gesetz im § 2273 seine Eröffnung in einer von der sonstigen Testamentseröffnung in mehreren Punkten abweichenden Weise geregelt. Vorweg mag bemerkt werden, daß die materielle Wirksamkeit eines Testamentes von der Befolgung der für seine Eröffnung gegebenen Formvorschriften in keiner Weise beeinflußt wird.

Wie die Motive[1]) ergeben, war es bei der ersten Beratung des Entwurfes als Uebelstand, der mit zur Ablehnung des Institutes überhaupt beitrug, empfunden worden, daß die Dispositionen des überlebenden Ehegatten im gemeinschaftlichen Testamente der Oeffentlichkeit nicht entzogen werden könnten. Diesem Uebelstande wollte die zweite Kommission, als sie das gemeinschaftliche Testament aufnahm, nach Möglichkeit durch Einfügung der Vorschrift des jetzigen § 2273 Satz 1 vorbeugen.

Regelmäßig erfolgt die Eröffnung des gemeinschaftlichen Testamentes alsbald nach dem Tode des zuerst versterbenden Gatten. Weder kann dieser rechtswirksam verbieten, das Testament vor dem Tode des überlebenden Teiles zu öffnen[2]) — eine solche Anordnung wäre gemäß § 2263 nichtig —, noch kann der Ueberlebende etwa der Eröffnung widersprechen. Es kann der Ansicht nicht beigestimmt werden, daß gemeinschaftliche Verfügungen, die nur für den Tod des überlebenden Ehegatten getroffen sind, bei dem Tode des zuerst versterbenden nicht zu verkünden seien, wenn sie sich von dem Inhalte der sonstigen letztwilligen Verfügungen des Verstorbenen, aber infolge ihres äußerlichen Zusammenhanges mit denen des Ueberlebenden von diesen nicht sondern lassen.[3]) Zwar ist richtig, daß solche Verfügungen

3) Vgl. Planck Anm. 2 zu § 2272.

1) Bd. V S. 257.

2) Vgl. K. G. J. 34 A 183.

3) Planck Anm. 3b zu § 2273. O. L. G. München in K. G. J. 20 D 13; Kammergericht in K. G. J. 24 A 185.

von jedem Ehegatten nur für den Fall seines Ueberlebens getroffen sind und daß damit die Verfügungen des erstversterbenden mit seinem Tode gegenstandslos werden. Der Grundsatz indessen, daß gegenstandslos gewordene Bestimmungen eines Testamentes nicht zu verkünden seien, findet sich weder irgendwo im Bürgerlichen Gesetzbuche ausdrücklich ausgesprochen, noch läßt er sich aus irgend welchen Vorschriften ableiten. Die Praxis hat sich freilich vielfach auf einen anderen Standpunkt gestellt,[4]) hat aber dabei dem Nachlaßgerichte ein ihm sicher nicht zukommendes materielles Prüfungsrecht eingeräumt, und außerdem, indem sie, die Interessen des überlebenden Ehegatten einseitig berücksichtigend, den klaren Wortlaut des Gesetzes künstlich interpretierte, die ebenso berechtigten Interessen der dritten nach dem Tode des Ueberlebenden Bedachten völlig außer acht gelassen.[5])

Die Vorschriften des § 2273 finden nur dann Anwendung, wenn die Verfügungen der beiden Ehegatten sich voneinander sondern lassen. Dies ist dann nicht der Fall, wenn sie sprachlich miteinander untrennbar verbunden sind. Es müssen die Anordnungen des Erstverstorbenen w ö r t l i c h verlesen werden, und es darf nicht etwa der Richter irgend welche sprachlichen Aenderungen, nicht einmal Umstellungen von Wörtern, vornehmen, wenn der Sinn der Anordnung dadurch auch noch so wenig geändert wird. Nicht beigetreten kann der Ansicht Plancks[6]) werden, daß statt der Vorlesung des Testamentes im Eröffnungstermin eine genaue Angabe des Inhaltes genügen müsse.

Lassen sich die Verfügungen nicht sondern, so ist das ganze Testament nach dem Tode des erstversterbenden Ehegatten zu verkünden, und eine Wiederholung der Verkündung findet nach dem Tode des überlebenden nicht statt.[7]) Ein solches Testament wird auch nicht wieder verschlossen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückgebracht, weil dies beides völlig zwecklos wäre. Vernünftigerweise kann der letzte Satz des § 2273 auch nur in Verbindung mit den beiden vorhergehenden ausgelegt werden.[8])

4) Vgl. Ob. L. G. München in R. J. A. Bd. I S. 45. Kammergericht in Rspr. O. L. G. 11, 250 und jüngst in K. G. J. 34 A 102.

5) Vgl. die trefflichen Ausführungen Meyers in Hans. Ger. Ztg. 1903 Beilage Nr. 1. Zu demselben Ergebnisse, aber mit m. E. unzutreffender Begründung, wiederum auf der Lehre von der Gesamtverfügung fußend, kommt P. Meyer, D. gem. Test. S. 60 Anm. 6.

6) Anm. 3c Abs. 1 zu § 2260 (3. Aufl.).

7) Vgl. Planck Anm. 3a, 5 zu § 2273; Boschan, Nachlaßh. Bd. II S. 152; ferner die Entscheidungen O. L. G. Rspr. 2, 63; K. G. J. 24 D 5; Seufferts Arch. 56, 189; Zentralbl. f. fr. G. 1, 731.

8) G. A. Körner im „Recht“ 01 S. 94 fg.; Drewes in D. J. Z. 01 S. 231. — A. A. Grimm in D. J. Z. 01 S. 553, der die Zurückbringung in die bes. amtliche Verwahrung verlangt, weil diese eine größere Sicherheit für die Erhaltung der Testamentsurkunde, auf die man aus verschiedenen Gründen öfter zurückkommen müsse, biete.

Zweifelhaft kann es sein, ob die lediglich von dem Ueberlebenden bedachten Beteiligten schon jetzt oder erst nach dessen Tode zu benachrichtigen sind. Das Gesetz gibt über den Zeitpunkt der Benachrichtigung keine Bestimmung; der der Vorschrift zu Grunde liegenden Absicht gemäß wird man diese Benachrichtigung erst mit dem Zeitpunkte des für sie in Betracht kommenden Erbfalles vornehmen, also nach dem Tode des Ueberlebenden. Dafür spricht auch, daß oft die Person des Beteiligten erst in diesem Zeitpunkte bestimmt wird.

Insofern sich die Verfügungen des überlebenden Gatten von denen des erstverstorbenen sondern lassen, dürfen sie nach der Vorschrift des § 2273 weder verkündet, noch sonst gemäß §§ 2262, 2264 zur Kenntnis der Beteiligten gebracht werden. Der Ansicht, daß die Verkündung mit Zustimmung des Ueberlebenden zulässig sei, kann nicht beigetreten werden. Der Ausschluß der Verkündung ist nicht nur im Interesse des Ueberlebenden angeordnet, sondern entspricht auch der allgemeinen Vorschrift des § 2260, wonach ein Testament erst nach dem Tode des Erblassers eröffnet werden darf.[9]) Dem steht nicht entgegen, daß im Falle der Untrennbarkeit der Verfügungen beider Gatten mit der Eröffnung des gemeinschaftlichen Testamentes nach dem Tode des Erstverstorbenen auch die Verfügungen des Ueberlebenden als eröffnet gelten;[10]) denn hier beseitigt alle Bedenken die dira necessitas. Es findet also, soweit sich die Verfügungen sondern lassen, weder die Verkündung und die Vorlegung des gemeinschaftlichen Testamentes, noch die Mitteilung seines Inhaltes und die Gewährung der Einsicht und Abschrift statt. Bei jeder Einsicht des gemeinschaftlichen Testamentes müssen diese Verfügungen des überlebenden Gatten bei seinen Lebzeiten so verdeckt werden, daß der Einsehende sie nicht zu lesen vermag. Es wird dies oft mit Schwierigkeiten verbunden und zeitraubend sein; indessen darf sich der mit der Vorlegung betraute Beamte weder Zeit noch Mühe verdrießen lassen, will er sich nicht durch Verletzung des § 2273 disziplinarisch strafbar machen.

Der überlebende Gatte wird natürlich bezüglich der Einsicht des gemeinschaftlichen Testamentes durch den § 2273 nicht beschränkt, da er ja doch Kenntnis von seinen Verfügungen hat, die Anwendung der Vorschrift auf ihn also sinnlos wäre.

Von den Verfügungen des verstorbenen Gatten ist, soweit sie sich aussondern lassen, eine beglaubigte Abschrift anzufertigen und bei den Testamentsakten offen aufzubewahren. Die Urkunde des gemeinschaftlichen Testamentes ist wieder zu verschließen und, falls sie sich vorher in der besonderen amtlichen Verwahrung befunden hatte, dorthin zurückzubringen.

---

9) G. A. Planck Anm. 2a zu 2273; A. A. Boschan a. a. O. S. 152; Strohal, Erbr. § 49 Note 19; P. Meyer a. a. O. S. 61 Anm. 8.

10) Vgl. K. G. J. 24 B 8.

Sehr strittig ist die Frage, wie es zu halten ist, wenn ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament nicht gemäß § 2248 in besondere amtliche Verwahrung gebracht, sondern im Besitze der Ehegatten geblieben und von dem Ueberlebenden gemäß § 2259 zur Eröffnung abgeliefert worden ist. Von einer Rückgabe an den Ueberlebenden[11]) kann im Hinblick auf die Vorschrift des § 2264 in Verbindung mit den Motiven Band V Seite 308 a. E. nicht die Rede sein, da danach das eröffnete Testament eines Verstorbenen einer Privatperson im Originale nicht ausgehändigt werden darf. Gegen eine zweite Ansicht,[12]) nach der die Urkunde nunmehr in die besondere amtliche Verwahrung zu nehmen sei, spricht der Wortlaut des Gesetzes. Ihre Anhänger wollen in dem Worte „zurückbringen" lediglich eine Laxheit der Ausdrucksweise des Gesetzes erblicken und es nicht so eng angewendet wissen, indem sie die Vorschrift des § 2300 anführen, wonach die Vorschrift des § 2273 auf den Erbvertrag anzuwenden, der Erbvertrag jedoch nur dann in die besondere amtliche Verwahrung zu bringen ist, wenn er sich vorher darin befunden hat. Allerdings scheint ja die Aufnahme dieser Einschränkung überflüssig zu sein; indessen ist es wohl angebrachter, s i e auf eine Laxheit der Redaktoren zurückzuführen, als den klaren Wortlaut des § 2273 S. 3.

Das Richtige dürfte sein, das Testament einfach offen bei den Testamentsakten zu behalten und es nur dann in die besondere amtliche Verwahrung zu nehmen, wenn der überlebende Gatte es verlangt.[13]) In diesem Falle muß natürlich von sonderungsfähigen Verfügungen des Verstorbenen eine beglaubigte Abschrift zu den Testamentsakten genommen werden. Nicht beizustimmen ist der Ansicht Bischoffs,[14]) daß das privatschriftliche gemeinschaftliche Testament von der Ablieferung nach dem Tode des Erstverstorbenen bis zur Eröffnung in die besondere amtliche Verwahrung zu bringen und nach der Eröffnung wieder dorthin zurückzubringen sei. Diese Anschauung beruht auf einer Verwechselung der technischen Begriffe „Ablieferung des Testamentes" (§ 2259) und „Hinterlegung" (§ 2248), der gewöhnlichen gerichtlichen Urkundenverwahrung und der „besonderen amtlichen Verwahrung" letztwilliger Verfügungen.[15])

Es kann nach der Wiederverschließung der Urkunde vorkommen, daß das gemeinschaftliche Testament bezüglich der Verfügungen des

---

11) Diese wird verlangt von Strohal (2. Auflage) a. a. O. S. 215 Anm. 2; Kleffel in J. W. 02, 386; Körner im „Recht" 01 S. 94; Jastrow Formularbuch T. II S. 304 Anm. 4; Fischer-Henle, Handausgabe D. B. G. B. Anm. 2 zu § 2273.

12) Vertreten von Rausnitz, Komment. z. F. G. G. S. 344; Kleineidam im Recht 01 S. 113.

13) G. A. Planck Anm. 2c zu § 2273; Boschan a. a. O. S. 153; P. Meyer a. a. O. S. 63; jetzt auch in der 3. Aufl. Strohal S. 414 Anm. 26.

14) Im Recht 1900 S. 294.

15) Vgl. Planck Anm. 2c zu § 2273.

verstorbenen Gatten im Originale gebraucht wird.[16]) Einer nochmaligen Oeffnung zu diesem Zwecke steht eine gesetzliche Vorschrift nicht entgegen. Natürlich muß nach gemachtem Gebrauche das Testament von neuem verschlossen und in die besondere amtliche Verwahrung zurückgebracht werden.[17]) Auch zwecks Einsicht der Urschrift gemäß § 2264 durch einen Interessenten muß die Wiederöffnung zugelassen werden. Die Ansicht, daß die Einsicht der Urschrift nur solange begehrt werden könne, als die Wiederverschließung nicht stattgefunden habe, später aber nur die beglaubigte Abschrift vorzuweisen sei, ist irrig.[18]) Das Gesetz bietet keinen Anhalt dafür, und es wäre auch unbillig, einem Interessenten die Einsicht der Urschrift zu verweigern, wo er vielleicht gerade allein an ihr ein Interesse hat. Man denke z. B. an den Fall, daß von dem Interessenten die Fälschung des ganzen Testamentes oder der Unterschrift vermutet wird und er sich darüber durch Schriftvergleichung Gewißheit verschaffen will. Allerdings wird man in einem solchen Falle das Erfordernis der Glaubhaftmachung des Interesses auch auf das Interesse an der Einsicht gerade des Originals ausdehnen müssen.

Unrichtig ist auch die Anschauung, daß die Wiederverschließung eines gemeinschaftlichen Testamentes, das ausschließlich Verfügungen, die nur für den Tod des erstverstorbenen Ehegatten von Bedeutung sind, enthält, nicht der Vorschrift des § 2273 unterliege. Die Wiederverschließung und nochmalige Eröffnung des Testamentes mag noch so zwecklos scheinen, die Zweckmäßigkeit der Eröffnung zu prüfen, ist nicht Sache des Nachlaßrichters.[19])

Wenn sich das gemeinschaftliche Testament bei einem anderen Gerichte als dem Nachlaßgerichte des zuerst versterbenden Gatten in amtlicher Verwahrung befindet, so liegt jenem die Eröffnung ob.[20]) Bevor es die ihm nach der herrschenden Meinung[21]) gleichfalls obliegenden Verrichtungen gemäß § 2273 vornimmt, muß es nach § 2261 das Testament in Urschrift an das Nachlaßgericht schicken, damit dieses das Weitere gemäß § 2262 veranlassen kann.[22]) Durch Landesgesetz kann die weitere Verwahrung des Testamentes überhaupt oder wenigstens bei einem diesbezüglichen Antrage des überlebenden Gatten dem Nachlaßgerichte übertragen werden.[23])

---

16) Vgl. die Aufzählung solcher Fälle bei Planck a. a. O.

17) Vgl. Boschan a. a. O. S. 155; Bischoff a. a. O. S. 293.

18) A. A. Planck a. a. O.; Sengteller, D. gem. Test. S. 94.

19) G. A. Strohal, Erbr. § 48 Anm. 20; P. Meyer, a. a. O. S. 62 Anm. 12 — A. A. Planck Anm. 3a zu § 2273.

20) § 2261 B. G. B.

21) Vgl. Planck Anm. 4 zu § 2273; K. G. J. 20 A 262; O. L. G. Rspr. 2, 377; Centr. Bl. f. fr. G. 1, 448; Körner a. a. O. S. 95.

22) A. A. mit unverständlicher Begründung Appel in D. J. Z. 1900 S. 183; dagegen mit Recht Arnold ebenda S. 299.

23) § 200 F. G. G. Vgl. für Preußen A. G. B. G. B. Art. 81 § 2 Abs. 2.

Da in dem Falle, daß sich die Verfügungen der beiden Ehegatten nicht voneinander sondern lassen, eine nochmalige Verkündung der Verfügungen des Ueberlebenden nach dessen Tode eine zwecklose vom Gesetze nicht vorgeschriebene Förmlichkeit wäre, so ist auch dem Antrage des überlebenden Gatten auf Wiederverschließung des Testamentes und Rücknahme in besondere amtliche Verwahrung nicht stattzugeben.[24][25])

Zum Schlusse sei noch auf die Uebergangsvorschrift des Art. 213 E. G. B. G. B. hingewiesen, wonach der § 2273 auch auf vor dem 1. Januar 1900 errichtete gemeinschaftliche Testamente anwendbar ist, wenn der vorverstorbene Ehegatte diesen Tag erlebt hat.[26])

24) G. A. Planck Anm. 5 zu § 2273; P. Meyer a. a. O. S. 62 Anm. 14 und die dort Aufgeführten. — A. A. Bischoff a. a. O. S. 294.

25) Vgl. noch die verschiedenen Zweifel, zu denen in rein technischer Beziehung und in Kostenfragen der § 2273 Anlaß bietet, Geiger in D. J. Z. 1900 S. 359.

26) Vgl. R. G. Z. 24 S. 183. Die Frage, ob der § 2273 für die Eröffnung eines gemeinschaftlichen Testamentes auch dann gilt, wenn der Erblasser vor 1900 gestorben ist, wird von Riedner im Recht 1900 S. 185, von Körner a. a. O. S. 95 und von Sternberg in J. W. 1900 S. 633 eingehend behandelt.

Lebenslauf.

Ich bin am 10. Januar 1881 in Breslau geboren, habe dort von Ostern 1887 bis Ostern 1900 das König Wilhelms-Gymnasium und nach bestandener Reifeprüfung vom Sommersemester 1900 bis zum Wintersemester 1901/02 und im Wintersemester 1902/03 die Universität besucht. Das Sommersemester 1902 verbrachte ich an der Universität in Bonn. Am 24. Oktober 1903 bestand ich am Breslauer Oberlandesgerichte die erste juristische Prüfung und arbeitete nach meiner Ernennung zum Referendar am Amtsgericht in Steinau a. O., am Landgericht und bei der Staatsanwaltschaft in Breslau und, von da an in den Kieler Oberlandesgerichtsbezirk beurlaubt, beim Rechtsanwalt und Notar in Altona, am Amtsgericht in Wandsbek und am Oberlandesgericht in Kiel. Jetzt bin ich bis zur Beendigung meiner Ausbildungszeit nochmals dem Amtsgericht in Wandsbek überwiesen. Mein Wohnsitz ist Alt-Rahlstedt in Holstein. Meiner Militärpflicht genügte ich vom 1. Oktober 1904 ab in Breslau. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehöriger.

Die mündliche Doktorprüfung habe ich am 17. Dezember 1908 bestanden.